Government of Canada
Gouvernement du Canada

Consultation Paper on Digital Copyright Issues

Canada

Consultation Paper
on
Digital Copyright Issues

June 22, 2001

Issued by:

Intellectual Property Policy Directorate
Industry Canada

Copyright Policy Branch
Canadian Heritage

Alternative Formats/Additional Copies

This publication can be made available in alternative formats upon request. For further information or for additional copies of this publication, please contact either:

Information Distribution Centre
Communications Branch
Industry Canada
Room 268D, West Tower
235 Queen Street
Ottawa ON K1A 0H5

Tel.: (613) 947-7466
Fax: (613) 954-6436
E-mail: **publications@ic.gc.ca**

Copyright Policy Branch
Department of Canadian Heritage
6th Floor, Room 159
15 Eddy Street
Hull PQ K1A 0M5

Tel: (819) 997-5638
Fax (819) 997-5685
E-mail: **copyright@pch.gc.ca**

Permission to Reproduce. Except as otherwise specifically noted, the information in this publication may be reproduced, in part or in whole and by any means, without charge or further permission from Industry Canada or Canadian Heritage, provided that due diligence is exercised in ensuring the accuracy of the information reproduced; that Industry Canada and Canadian Heritage are identified as the source institutions; and that the reproduction is not represented as an official version of the information reproduced, nor as having been made in affiliation with, or with the endorsement of, Industry Canada or Canadian Heritage.

For permission to reproduce the information in this publication for commercial redistribution, please e-mail: **Copyright.Droitsdauteur@pwgsc.gc.ca**

Cat. No. C2-585/2001
ISBN 0-662-65914-7

20% recycled material

TABLE OF CONTENTS

1. INTRODUCTION 1

2. CONTEXT 7
   - 2.1 Early Domestic Initiatives 7
   - 2.2 International Initiatives 9
   - 2.3 The WIPO Treaties - Revisited in the Domestic Context 11
   - 2.4 Liability of Internet Service Providers (ISPs) 12

3. CORE PRINCIPLES 12

4. PROPOSALS 15
   - 4.1 Making Available 15
     - 4.1.1 Authors and their Successors 18
     - 4.1.2 Performers and Sound Recording Makers 19
   - 4.2 Legal Protection of Technological Measures 20
   - 4.3 Legal Protection of Rights Management Information 25
   - 4.4 Liability of Network Intermediaries 30

5. CONCLUSION 38

LIST OF ACRONYMS

DMCA	Digital Millennium Copyright Act
ICT	Information and Communications Technologies
IHAC	Information Highway Advisory Council
IP	Intellectual Property
ISP	Internet Service Provider
NAFTA	North-American Free Trade Agreement
SDMI	Secure Digital Music Initiative
TRIPs	Trade-Related Aspects of Intellectual Property
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty

101-06094/

1. INTRODUCTION

Over the course of the last decade, revolutionary changes in technology have permitted the creation of a global network of networks, represented today largely by the Internet. This network is becoming an important means for disseminating and exchanging digitized information of all kinds. This information appears in the form of data, text, music, visual and audio-visual material, and computer software, among others. It may be provided synchronously in that the receiver perceives it virtually the moment it is sent, or asynchronously in that it is stored for the receiver's later retrieval. The information may be destined to one or a few people or subscribers, or may be made available to the world at large.

The purpose of this paper is to initiate consultation on a number of issues that arise at the intersection of the new digitally networked environment with the *Copyright Act*. It represents a first step in initiating discussion on a copyright framework that helps to promote dissemination on-line of new digital content, for and by Canadians.

The Opportunities of the Digitally Networked Environment

With the emergence of new and powerful digital information and communication technologies (ICTs), the means for sharing and exchanging, on a global scale, large quantities of information in various forms are available at a low and diminishing cost. ICTs, and especially the Internet, are thus presenting an important opportunity for more and more Canadians to make their presence felt, both in Canada and worldwide, whether it be in terms of culture, identity or commerce.

Through various initiatives that are part of its Connecting Canadians agenda, the government has already taken important steps to ensure that Canadians benefit from an Internet infrastructure that is second to none. However, a fundamental aim in supporting the development of such an infrastructure is to provide a platform for promoting a strong and visible Canadian presence around the globe. As described on the Connecting Canadians web site (http://www.connect.gc.ca), one of the government's key priorities, as part of this agenda, is to help Canada "become a world leader in supplying on-line content as well as exciting new software and applications. The Internet is an ideal place to tell the world about our country, our people and culture, our abilities and achievements, our history and hopes". To this end, the government has created a special fund to promote innovative industries such as multi-media. It is also working to ensure that its framework laws support this objective.

A Canadian Presence - Cultural Considerations

The impacts of the digitally networked environment cannot be overestimated. As more people join this environment, and as capacity and distribution improve, the possibilities for interacting on the Internet increase accordingly, dramatically enhancing and enriching Canadian culture. Canadians are now able to communicate more easily with each other and with the world, expanding and enriching the opportunities for gaining the understanding and knowledge that culture represents. Creators of all kinds of cultural works have an unprecedented opportunity to share their works not only with more Canadians, but also with the world. The goal for the Departments of Canadian Heritage and Industry Canada (hereinafter referred to collectively as the departments), is to relate the departments' strategic objectives to the possibilities offered by this digital environment. Currently, the government's cultural policies are reflected in terms of *Connecting to the Canadian Experience: Diversity, Creativity and Choice* (http://www.pch.gc.ca/mindep/misc/experience/english.htm). These cultural policies are designed to achieve a number of objectives: diverse and accessible Canadian choices; excellence in people; building capacity; and, connecting Canadians to each other and to the world. Only by continuing to ensure a sharing through communication can the cultural fabric of Canada be strengthened.

Electronic Commerce

The Internet is also rapidly emerging as an important medium for the sale and dissemination of many different kinds of goods and services, including copyrighted works. A large array of businesses advertise goods or services for sale over the Internet. Some now conclude payment and arrangements for delivery on-line. Where the item purchased is in an electronic format, such as a digital photograph, a study or a sound recording, delivery itself may be effected over the Internet with a few keystrokes and mouse clicks.

In 1999, Canadian private sector sales over the Internet amounted to approximately $4.2 billion The value of these sales rose to $7.2 billion in 2000, up 73.4 percent from 1999 (*Survey of Electronic Commerce and Technology 2000*, Statistics Canada, http://www.statcan.ca/Daily/English/010403/d010403a.htm).

According to private sector estimates, this amount is expected to grow such that by 2004, Canadians will participate in approximately $151.5 billion worth of commercial Internet-based transactions (IDC, 2000, http://idc.com). This growth is anticipated because Canada is well connected in comparison with other top industrialized nations: overall, Canada is second only to the United States. Currently, Canada has the most affordable Internet access in the world and ranks well in terms of connectedness indicators, such as infrastructure, access, usage levels and the right socio-economic enablers. The availability of interesting content

on-line is an important factor for Canadian participation in the electronic commerce marketplace.

In *The Canadian Electronic Commerce Strategy* (http://e-com.ic.gc.ca/english/60.html), 1998, the government stated that "Canadian governments, in consultation with the private sector, must move quickly to clarify marketplace rules" and that "[w]ithout clear rules, the use and growth of electronic commerce will be stalled". (p. 27) In this connection, special reference was made to intellectual property (IP) protection: "The protection of content, balanced with the needs of users, is vital to the growth of electronic commerce - these issues are being addressed in Canada within a global context . . . " (p. 30)

The Canadian E-Business Opportunities Roundtable is a private-sector led initiative formed in 1999 to develop a strategy for accelerating Canada's participation in the Internet economy. In its report of January 2000, *Fast Forward: Accelerating Canada's Leadership in the Internet Economy*, the Roundtable identified a number of opportunities for Canada to lead in the growth of electronic commerce. The Roundtable notes:

> "As broadband capacity grows, the demand for animation and Web-based graphics will explode. Canada is well-positioned to be a leading multimedia supplier... Although this multimedia sector has served the Canadian market primarily, it can compete on skill and cost with design hotbeds in New York City, San Francisco and Los Angeles..."

The Roundtable released a further report, *Fast Forward 2.0: Taking Canada to the Next Level*, in February, 2001. The report may be accessed from the Web site of the Task Force on Electronic Commerce at http://e-com.ic.gc.ca/english/index.html.

Implications for Copyright Policy

Copyright subsists in many of the electronic products or services available on-line. Cultural and other industries, such as the software industry, consider copyright to be a key factor in generating the return needed to stimulate the creation and marketing of a wide range of new content. Several of the copyright sectors or "industries" have suggested that their willingness to embrace the Internet as a channel for disseminating their works or making them available ultimately depends on their ability to prevent or discourage unauthorized copying and distribution activities which are easily carried out in the digitally networked environment.[1]

---

[1] By "copyright industries" the departments are attempting to identify for ease of reference the entities, institutions and individuals engaged in creative endeavours in Canada. The works resulting from such endeavours should not be understood as issuing from a particular "cultural industry". The term is adopted without assimilating the creation of individual works to a single industrial model.

The *Copyright Act* serves to recognize, promote and protect intellectual expression, as well as encourage and enable access to and dissemination of such expression. It achieves this by granting various rights and exceptions, including the right to reproduce works, the right to communicate works to the public by telecommunication, and the right to authorize such acts. *Prima facie*, the communication and reproduction of copyrighted works are among the most prevalent activities over networks. It follows that the *Copyright Act* already applies to such Internet transactions.

For their part, Internet Service Providers (ISPs) have suggested that their ability to provide on a competitive basis the services/platform needed for the wide range of content depends on how liability rules affect the cost of their business; cumbersome or complex rules put them at a competitive disadvantage when compared with ISPs in other jurisdictions.

Private Sector Role

A proactive response from the copyright sectors is essential for seizing the opportunities of the digitally networked environment and for meeting many of its challenges. Some of the challenges which have been created by technology may be adequately resolved by technology, through private arrangements with other Internet players, through educational activities in relation to copyright, or by adopting suitable business models.

Currently, the private sector is participating in a government-led initiative to streamline the clearance of digital rights in order to better foster recognition of and respect for copyright, as well as to promote a Canadian presence in a global, on-line world.

Government Rationale

The problem that confronts the policy maker in such a rapidly changing technological environment, is to determine when, whether and to what extent promoting content on-line for and by Canadians requires government intervention.

A number of copyright stakeholders have suggested that in order for Canada to be an important player in the emerging digital economy, current efforts need to be further bolstered by certain amendments to the *Copyright Act* to ensure that, on a practical level, the Act continues to be meaningful, clear and fair. Some rights holders have pointed to the 1996 World Intellectual Property Organization (WIPO) treaties, with their network-related provisions, as providing the basis for effectively responding to the digital challenges.

The departments are concerned that changes to the policy framework for copyright should not operate to hinder the development of the full potential of the Internet and other digital platforms.

In this respect, it is noteworthy that each of the different copyright industries operates under its own uniquely-developed business models, which means that each has its own needs and requirements in the on-line world, not all of which relate to copyright. For example, the sound recording and film industries, with their large scale inventories and high development costs, have felt the need to devise strategies relating to the adoption of encryption technologies for disseminating or making works available on-line. The photographic industry, on the other hand, does not face the same business and artistic exigencies.

Accordingly, it may be that amendments made to the Act at this time could have the inadvertent effect of working against a Canadian presence if technologies develop along particular or unpredictable pathways. Despite the radical novelty of the Internet, the analysis reflected in this paper has proceeded on the basis that the *Copyright Act* has already developed into a flexible instrument that is capable of responding to many of the challenges of the digitally networked environment.

The departments have nonetheless concluded, partly through their interactions with interested parties, that it is now an opportune moment to initiate consultation with stakeholders on certain issues which must be addressed in a timely manner. The examination of these issues, among others, is necessary to fully realize the government's priority of promoting the dissemination of new and interesting content on-line, for and by Canadians. Specifically these issues are whether or not:

- the Act should be amended to allow a specific right for on-demand communication;
- legislative measures are needed to deter the circumvention of technological measures that are used by rights holders to protect their rights;
- legislative measures are needed to deter tampering with rights management information; and
- legislative measures are needed to address the liability of network intermediaries in relation to copyright protected materials over digital networks.

The departments are drawing attention to these particular issues at this time based on the following general premises and assumptions:

- The ICTs allow for rapid and essentially costless reproduction and communication of material, including copyright works, whether or not these have been authorized. From a copyright perspective, the ICTs, though they open the possibility to much larger international markets for copyright material, also facilitate infringing reproductions and communications of such materials.

- Some rights holders consider that their ability to assert their copyright in relation to a work or other protected subject matter is considerably diminished in the Internet environment once the material is made available in that environment. In comparison with the analogue world, Internet-based infringers are potentially more numerous, more anonymous, and may operate from within jurisdictions that provide relatively little copyright protection.

- Some rights holders may be deterred from making their copyright material available on-line;

- Many rights holders wish to avail themselves of the potential benefits of digitizing their material and selling to the large markets now open to them via the Internet. They are using or are contemplating the use of technological means for protecting and identifying their material. Some rights holders are prepared to make material available now, while others would make their material available if they could control when and how their material would be disseminated, though some would prefer that their material not be made available at all. One possible response to this situation is suggested by certain provisions of the treaties concluded under the auspices of WIPO in 1996, including provisions for a "making available right", and measures in relation to technological protection and rights management information, which are discussed in greater detail, below.

- The cost of making copyright material available or having access to material is partly a function of the availability of the services of Internet intermediaries such as ISPs. Thus, a competitive ISP sector in Canada benefits both the rights holders and the users by ensuring a low cost platform for storing and transmitting content. Thus, it also promotes the government's objectives in relation to the dissemination of content for and by Canadians.

- In order for a competitive ISP sector to continue to thrive in Canada, the framework rules under which they operate should be clear, simple to adhere to, fair and take due account of the framework rules under which they operate in other jurisdictions.

In selecting or suggesting approaches for addressing these issues, the departments have been concerned with a number of fundamental and interrelated questions, such as:

- The *Copyright Act* has evolved over time to reflect a balance between the various categories of rights holders, intermediaries and users:
  - What are the appropriate balances in the digitally networked environment?
  - Does the environment created by the new ICTs upset these balances?

- If so, does it do so in such a way as to impede the legitimate dissemination of content on-line?
-If so, what intervention, if any, is required to restore the balances?

- Do the challenges to copyright truly represent challenges to core copyright principles or are they primarily challenges to existing business and distribution models?

- Given that legislative intervention could potentially impede the emergence of new models of content creation and dissemination, and given the unpredictable manner and rate at which technology is evolving, when is legislative intervention an appropriate response?

In light of the foregoing questions, do the approaches suggested in this paper contribute to a copyright framework which promotes Canadian public policy objectives?

Though the paper addresses the issues raised above, it does not represent a definitive statement of the government's near-term legislative agenda for the *Copyright Act*; rather, it is intended to establish, through consultation, whether targeted amendments in the near term would help promote the development of an effective framework for the digitally networked environment and what the elements of such amendments might be. The result of the consultation process should also provide the government with a clear perspective on how these initiatives may promote and serve the interests of all Canadians operating in an on-line world.

The emphasis that Canada has laid on bringing the nation on-line now has opened a window of opportunity for Canadians to make their presence felt. The time is suitable for initiating broad-based discussions aimed at gaining a common understanding of the importance of the copyright framework in promoting the availability of interesting content on-line. Otherwise, the Canadian impact and the benefits for Canadians may be substantially reduced. Accordingly, the departments are interested in beginning to explore the parameters of a copyright framework that includes a reflection on digital issues.

2. CONTEXT

2.1 Early Domestic Initiatives

Within Canada, the federal government publicly addressed the need to further investigate the opportunities and challenges of the emerging digitally networked environment in December 1994, when the then Minister of Industry, the Honourable John Manley, announced the creation of the Information Highway Advisory Council (IHAC), a blue ribbon

panel of public and private sector experts. IHAC, in turn, created a number of subcommittees and working groups, including a subcommittee on copyright, to examine particular issues more fully. IHAC recognized that copyright is a fundamental component of any policy and/or legislative framework that will guide the development of the information highway. IHAC released its final report in 1995 entitled *Connection, Community, Content: The Challenge of the Information Highway: Final Report of the Information Highway Advisory Council* (http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ih01070e.html).

IHAC made a number of copyright recommendations. One of its most important conclusions was the recognition that the *Copyright Act* applies in the digital environment:

> Some hold the view that all works created and stored in a digital medium should enjoy *sui generis* protection. The purpose of [recommendation 6.2] [2] is to give assurance that such action is neither required nor appropriate... The digitization of works, in itself, generally does not result in the creation of new works but constitutes the expression of copyright subject matter in a different format. (p. 113)

In its response to IHAC (presented in *Building the Information Society: Moving Canada into the 21st Century*, 1996, http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ih01103e.html), the government promised that the "ministers of Industry and Canadian Heritage will work closely with stakeholders to resolve outstanding copyright issues related to the Information Highway and to reach a determination as to whether there is a need to revise the present Act further". (p. 14)

In the same document, the government also promised that the ministers would create a Task Force that would address several key issues, including copyright, relating to the digitization of the federal government's holdings.

In its final report of December 1997, (*Towards a Learning Nation: The Digital Contribution - Recommendations Proposed by the Federal Task Force on Digitization*, http://www.nlc-bnc.ca/8/3/r3-407-e.html), the Task Force recommended that the federal government adopt a policy and guidelines that would envisage a "single window" approach for streamlining rights licensing. The recommendations were all premised on the principle that the government act in a model fashion.

Further to the work of the Task Force, several federal departments and agencies are currently working to develop an easily accessible licensing framework for making the government's holdings of information of all kinds, including art, artefacts and scientific works, available

---

[2] Recommendation 6.2 provides:

> "The current categories of works contained in the *Copyright Act* sufficiently identify works produced and used in a digital environment and should not be amended or eliminated." (p.113)

on-line in a digital format. In its final report, the Task Force proposed to the government a vision and role as a model user for accessing the wealth of information on-line: "...the provision of digital information provides new ways for government to meet its cultural, social and economic policy objectives. Not only does it increase access to and knowledge of the Canadian experience, but it also fosters opportunities for innovation, wealth and job creation in the Canadian content and multimedia industries."

This statement presents a helpful view of the potential of the digital platform for all Canadians.

At the same time, the government is carrying out regular consultations with stakeholders through a continuing series of roundtables and other discussion forums, including the Electronic Rights Licensing Roundtable. These meetings have created a constructive, cooperative environment in which to discuss various copyright-related issues.

It should also be noted that the government has already given effect to some of the recommendations propounded by IHAC. For example, as a result of changes brought about by *An Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1997, c.C-24 (Bill C-32), the *Copyright Act* now provides for "statutory damages" for copyright infringement, in keeping with IHAC recommendation 6.3(c)[3].

2.2 International Initiatives

The impact of digital technology has already begun to be addressed in the international copyright framework. At the same time, nations are involved in different international fora to discuss these issues globally.

Agreements, such as the North-American Free Trade Agreement (NAFTA) and the World Trade Organization's Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property (WTO-TRIPS) are also important. These agreements were among the first regional and multilateral trade agreements, respectively, to formally acknowledge computer programs within the framework of copyright. For the purposes of copyright, computer programs are recognized as literary works.

However, these agreements were negotiated before a new generation of ICTs permeated the consumer market sufficiently so as to provide a reasonably efficient means of exchanging more than bare text and simple graphics. Even today, the time taken to transmit the very

[3]The recommendation for statutory damages is as follows:

"Rec. 6.3(c) Copyright Protection in General: Provisions should be introduced for statutory damages based on the United States model." (p. 114)

large files associated primarily with cinematographic works is relatively substantial, though it is diminishing rapidly. Accordingly, the agreements contain few provisions that deal explicitly with the digitally networked environment.

Copyright protection in a work may sometimes be thwarted by carrying out infringing activities outside the country of its origin. The international community has attempted to address this problem through a system of international treaties that essentially provide national treatment to the residents of member states. The internationalization of copyright in this manner has meant that Canadian rights holders can obtain recognition of their copyright in the jurisdictions with the most important marketplaces outside of Canada.

The need for some degree of internationalization of copyright is particularly acute in the digital network context. The Internet is largely unfettered by national boundaries and reaches most communities around the world serviced by telephony. Wireless distribution systems, such as satellite-based systems, are rapidly ensuring that works in digital formats are easily disseminated to the furthest reaches of the globe. While this fact increases the potential accessibility to and value of the work, it also exposes the work to potential infringements. The opportunities for redress are significantly impaired if any new protections proposed for Canadians domestically are not recognized abroad.

Nonetheless, in the late 1980s, WIPO began to examine, *inter alia*, some of the implications of the emerging ICTs on copyright. Its work was reflected in the *WIPO Copyright Treaty* (WCT) and the *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT), which were concluded in December 1996. While these treaties deal with many copyright and related rights issues, they contain special provisions that are specifically designed to address the challenges posed to copyright by the networked technologies. Canada participated throughout the preparatory work and played a leading role in the December 1996 Diplomatic Conference.

The United States implemented the two WIPO treaties through its *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), which was passed in 1998, and deposited its instruments of accession with WIPO in September 1999. Treaty implementation within the European Union (EU) is being coordinated through the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society (hereinafter, the "Copyright Directive"). The Copyright Directive was adopted by the EU's Council of Ministers on April 9, 2001. The Copyright Directive must be implemented by EU member states in their national laws within 18 months of its publication in the EU's *Official Journal*. The treaties will come into force once there are 30 accessions or ratifications. The list of countries which have joined the treaties may be viewed from the WIPO web site, (www.wipo.int).

2.3 WIPO Treaties - Revisited in the Domestic Context

The WCT and WPPT were concluded shortly after the federal government had published its response to the IHAC recommendations. However, IHAC's mandate was extended to allow it to monitor the government's progress in implementing its recommendations. In IHAC's report card published in 1997, (*Preparing Canada for a Digital World: Final Report of the Information Highway Advisory Council*, 1997, p. 20, http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ih01650e.html), it recommended that "[t]he Government of Canada should move quickly to respond to the World Intellectual Property Organization's 1996 Copyright and Performances and Phonograms Treaties".

Through this recommendation, IHAC recognized the valuable direction provided by the WCT and WPPT in establishing standards of copyright protection that would maintain the integrity and objectives of the copyright system in the digital network environment. As a first step toward adopting this recommendation, Canada became a signatory of the two treaties in December 1997. Signing the treaties demonstrated Canada's commitment to the principles they represent. However, absent ratification, Canada is not bound by the specific treaty obligations.

Ratification of the treaties is possible once Canada's copyright legislation complies with the treaties' provisions. In response to IHAC's report card, the departments commissioned two Canadian copyright experts (hereinafter the "expert consultants") from the private sector to provide their opinion as to the amendments needed to the *Copyright Act*, should Canada decide to ratify. Their reports were made available to the public on the Internet in July 1998, and served as the basis of consultation with stakeholders over the Summer of 1998 (http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ip01037e.html and http://www.pch.gc.ca/culture/cult_ind/wctppt_e.htm). The reports suggest that, although amendments would be required in order to comply with the new treaties, the Act already provides a framework for copyright protection that complies with the bulk of the treaties' provisions and which is up to date as compared with copyright legislation of many other countries.

While many stakeholders agreed with the amendments identified by the expert consultants and encouraged the government to proceed with treaty implementation and ratification, others sought more dialogue in order to have an opportunity to explore more fully the implications of such a step. For instance, several stakeholders were concerned that bare treaty implementation involved no consideration of the needs of institutions that use copyright materials consistent with other important public policy objectives (e.g., educational institutions, libraries, museums, archives, etc.). Others thought that the impact of existing and proposed rights on the potential copyright liability of Internet intermediaries, such as Internet Service Providers (ISPs), needed to be evaluated and clarified. Indeed, since that

time, because of technological evolution and the fallout from legislative measures taken in other jurisdictions, some stakeholders have returned to the departments with new concerns about the impact of intervening too quickly.

2.4 Liability of Internet Service Providers (ISPs)

Internet intermediaries have expressed many concerns over their potential liability in relation to objectionable or illegal content circulating over their network facilities. Content may be objectionable or illegal for many reasons. For example, it may incite hatred against particular segments of society, be defamatory, or its particular uses may infringe trade-marks or copyright.

As an important step in grappling with the liability issue, the departments commissioned a study that examined the potential liability faced by Internet intermediaries with respect to illegal or objectionable content. The study, published in March 1997, also specifically considered the application of the *Trade-marks Act* and the *Copyright Act* to the intermediaries. (*The Cyberspace is not a "No Law Land": A Study of the Issues of Liability for Content Circulating on the Internet* at http://strategis.ic.gc.ca/SSG/sf03117e.html).

An important further development has since shed some light on the liability issues raised in the copyright context. On October 27, 1999, the Copyright Board released its decision that it would proceed with the certification of proposed *Tariff 22* (the so-called Internet tariff). In 1995, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) had filed a proposed tariff (*Tariff 22*) whereby ISPs were asked to pay royalties for the communication of the musical works in SOCAN's repertoire over digital networks such as the Internet. In its decision of October, 1999, the Board asserted its jurisdiction to certify such a tariff. The decision is currently under review by the Federal Court of Appeal. For more information, visit the Copyright Board's web site (http://www.cb-cda.gc.ca/indexe.html).

3. PROMOTING THE DISSEMINATION OF NEW DIGITAL CONTENT FOR AND BY CANADIANS - CORE PRINCIPLES

The government's efforts in building a knowledge-based society and economy is focussed partly on fostering the capacity to generate and disseminate the creative endeavours of Canadians. This content is what provides much of the value in such an undertaking. More particularly, the guiding objective supporting the analysis and proposals set forth in this document is to promote the Connecting Canadians agenda by creating a copyright framework that encourages the dissemination of new digital content on-line for and by Canadians. A copyright framework that achieves this objective will help to enrich the cultural lives of

Canadians and boost the value of Canada's participation in the networked economy by increasing the diversity of content from which to choose, and most importantly, by increasing the range of content produced by the creative sectors of the Canadian community.

However, the principal objective may only be fully realized by acknowledging and giving effect to a set of core principles:

- **The framework rules must promote Canadian values.**

The government is committed to establishing a framework that will facilitate the use of the digital environment for Canadians to communicate with each other and with the world. In so doing, the values that define our society should continue to be upheld.

- **The framework rules should be clear and allow easy, transparent access and use.**

The need to respond to ever-changing technologies over the last century has added to the detail and complexity of copyright regimes around the world, including Canada's *Copyright Act*. Nonetheless, stakeholders have informed us that a source of some infringement lies in misunderstandings or differences in opinion about the scope of certain rights and exceptions. By the same token, rules that are unclear may have a chilling effect on legitimate uses of works that are nonetheless permitted under copyright law. Our objective is to dispel confusion for all Canadians about the boundaries of legitimate uses of works on-line.

- **The proposals should promote a vibrant and competitive electronic commerce in Canada.**

Another important factor relates to policy choices on issues that are being addressed for the first time. Canada's copyright policy is an important tool for promoting the competitiveness of Canadian businesses doing business electronically and should especially promote those industries that represent Canada's greatest opportunities. Any policy the government pursues should foster the conditions that will put Canadian players on a competitive footing with their counterparts abroad. In this respect, the departments acknowledge that in addition to the copyright sectors themselves, Canada's Internet intermediary sector is particularly affected by our policy choices.

Becoming a competitive player in the digital economy implies a need to ensure that the copyright framework is aligned to the global realities in a timely, ongoing fashion. The corollary is that the policy proposal is not exhaustive in relation to all questions related to the digital network environment; by attempting to address everything at once, Canada might lose an important opportunity.

- **The framework needs to be cast in a global context.**

Other countries have developed or are developing domestic policy responses to the digitally networked environment. Not all of these are similar, nor are they all built on identical foundations. Canada's *Copyright Act* has taken its current shape in response to particular challenges and pressures, some of which are unique to Canada.

The Internet is largely unfettered by national boundaries and reaches most communities around the world serviced by telephony. Wireless distribution systems such as satellite-based systems are rapidly ensuring that works in digital formats are easily disseminated to the furthest reaches of the globe. While this fact increases the potential value of the work, it also exposes the work to infringements effected outside the country of its origin.

The international community has attempted to address this problem through a system of international treaties. For the most part, this treaty system provides for national treatment to the residents of member states. The internationalization of copyright in this manner has benefited Canadian rights holders by ensuring the recognition of their copyrights in the most important marketplaces outside of Canada.

However, a single regime for copyright protection worldwide may not be a practical objective. The challenge for the departments is to develop copyright policies that are consistent with and promote international standards of protection, but that continue to validate Canadian priorities, choices and values.

The provisions of the WCT and WPPT specifically directed to the challenges of the digital network environment appear to reflect principles that have support internationally; they may well come to represent the international norm. At the same time, the treaties allow for considerable flexibility with respect to implementation.

Certain stakeholders have expressed strong concern that the failure to ratify the treaties would greatly limit the utility of implementing new protections aimed at the digitally networked environment. The departments acknowledge the concern and recognize the importance of obtaining the widest possible recognition for Canadians of any new protections.

Ultimately the most difficult issues for governments worldwide in terms of a global electronic commerce framework may prove to be issues surrounding conflict of laws. That is, in the event of a dispute involving players of different nationalities, which nation's courts have jurisdiction over the dispute, whose copyright rules should apply, and how will plaintiffs enforce decisions reaching beyond the territorial jurisdiction of the court deciding the issue? A common understanding on conflict rules can only be achieved through an international dialogue. The full importance of this question is only now being recognized

internationally and work has been initiated by WIPO to consider the implications for IP protection. Canada will be a participant as this process moves forward.

- **The framework should be technologically neutral, to the extent possible.**

Technological evolution over the past decade has resulted in an explosive growth in the rate at which information can be sent over digital networks. At the time of writing, telephone lines may still be the primary conduits for this information, but their predominance may be in the process of being displaced by coaxial cable and other higher bandwidth conduits, such as fibre optic cables or even wireless systems based on microwave and satellite technologies. These developments illustrate how innovation in ICTs has rapidly changed the character and quality of the material and services available over the network environment. They also illustrate the importance of passing legislation that establishes technologically neutral principles rather than reactive legislation that responds to particular technological challenges.

4. PROPOSALS

4.1 Making Available

Some rights holders have argued for the right to determine whether, and under what circumstances, their works are made available over networks such as the Internet. This section explores issues related to the introduction of a "making available right" in the *Copyright Act*.

Background

The advent of ICTs and their many applications is posing serious new challenges to copyright policy in Canada and around the world. The representation of works in binary format as 1's and 0's has given rise to the possibility of easily making copies with no loss in quality from the original. Networks such as the Internet permit each network user to make works easily available to a worldwide audience. Conversely, each user may have access to a phenomenal number of works on-line from the comfort of their own home. In this way, ICTs create new ways of truly connecting Canadians with each other and the world, as well as creating new opportunities for rights holders to reach many more users.

By the same token, however, ICTs also represent a potential threat because they facilitate the large scale reproduction and dissemination of works without the rights holder's consent. Some rights holders are concerned that once their works, performances or sound recordings are available over the Internet, for example, by being uploaded onto an Internet web site, the opportunity for containing unauthorized dissemination is greatly impaired. Accordingly,

they consider it essential that they have the right to authorize the appearance of their works or protected subject matter within the networked environment.

Currently, the Canadian *Copyright Act* allows authors and their assigns the right to determine when their works are first provided to the public, and then subsequently, the extent to which further copies of their works enter the marketplace. For works fixed in physical form, such as books and CDs, this control is achieved largely through the first publication and reproduction rights set out in s. 3 of the Act. For works that are not fixed in physical form (such as digital copies that are transmitted on-line), control is achieved through the reproduction right and the right to authorize communications.

The rights currently available to performers and sound recording makers in the *Copyright Act* have been the result of substantial amendments brought about by *An Act to amend the Copyright Act* (Bill C-32) which was passed in April 1997. Section 19 of the Act now confers on these rights holders a right of remuneration for the communication to the public and public performance of their protected subject matter. Section 18 of the Act confers on sound recording makers, first publication and reproduction rights similar to those of copyright owners. Performers have the right to:
- determine whether or not their performances can be fixed;
- reproduce any fixation made without their consent; and,
- reproduce any copies of an unauthorized fixation if the copies were made for a purpose beyond the scope of their authorization.

Performers also have the right to determine whether or not their live performances are communicated to the public by telecommunication. These rights are largely set out in s. 15 of the Act.

The specific notion of a "making available right" emerged during the ongoing negotiations leading to the conclusion of the WCT and WPPT in 1996. Prior to the negotiations, concerns were expressed that certain categories of works were not covered by the communication right contained in the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (the Berne Convention) (http://www.wipo.int/treaties/ip/berne/index.html). For instance, the Berne Convention does not apply to the transmission by wire of literary works, including computer programs, as well as visual works.[4]

---

[4] The notes on article 8 presented with the proposal of 1996 describe the situation well:

". . . it has become evident that the relevant obligations need to be clarified and that the rights currently provided under the Berne Convention need to be supplemented by extending the field of application of the right of communication to the public to cover all categories of works. . . . The right of communication does not presently extend to literary works, except in the case of recitations thereof. Literary works, including computer programs, are presently one of the main objects communicated over networks. Other

Another concern referred to "on-demand" communications. An on-demand service allows consumers to access and download works (text, music, pictures, video) from the service at the time and location they choose. During the negotiations, a consensus was reached as to the desirability of supplementing the existing provisions to address the perceived limitations of the Berne Convention and the *International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations* (the Rome Convention) (http://www.wipo.int/treaties/ip/rome/index.html).

As a result, the WCT extends the traditional exclusive right of authors to communicate to the public to all categories of works. Furthermore, the WCT explicitly provides that the right of communication to the public explicitly includes the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them. The communication right is set out in article 8 of the WCT:

Article 8

> **Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.**

The WPPT, on the other hand, creates for performers and producers of phonograms distinct exclusive rights of making available which are set out in articles 10 and 14 (respectively):

Article 10

> **Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.**

Article 14

> **Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.**

---

affected categories of works are also not covered by the right of communication, significant examples being photographic works, works of pictorial art and graphic works".

It is important to note that the formulation of the "making available" right in the particular terms used by the treaties does not mean that it must be characterized in the same terms in any national legislation.

Other Jurisdictions

Currently, in the US and Japan, authors, performers and sound recording makers have a making available right that is effectively provided, in some contexts, through other copyrights, e.g., through a transmission right. In Europe, the EU Copyright Directive requires Member states to amend their copyright legislation to provide the same. In Australia, an amendment to the *Copyright Act* (the *Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill*) has been passed by the Australian Parliament. The amendment, which came into force in Spring 2001, introduced a new technology-neutral right to communicate literary, dramatic and musical works to the public, which would also explicitly encompass the making available of such works on-line.

4.1.1 Authors and Their Successors

In their 1998 reports, the expert consultants expressed the opinion that the *Copyright Act*'s communication right, with its attendant authorization right, is sufficiently broad to include a making available right for authors and their successors.

With regard to the interpretation of "to the public", the departments note the IHAC Copyright Subcommittee's view that the phrase "to the public" includes such services as computer "bulletin boards" where individual subscribers can dial in and download works for perusal at their convenience. However, the Subcommittee specified in its report, *Copyright and the Information Highway: Final Report of the Copyright Subcommittee* (http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ih01092e.html), that the case law had not expressly addressed this issue and that "any narrowing of this concept by judicial interpretation should be addressed in suitable amendments to the *Copyright Act*." (p. 11)

The departments share the expert consultants' view that the Act provides for an on-demand communication right. In this respect, the Copyright Board, in its *Tariff 22* decision, concluded that an on-demand communication right is contained within the right to authorize the communication of a work to the public by telecommunication. The departments also agree with IHAC's interpretation of "to the public"; given the absence of judicial interpretation narrowing the concept, we need not amend the Act. Accordingly, the departments do not propose amending the Act in this respect at this time.

4.1.2 Performers and Sound Recording Makers

In contrast with the situation for authors, the Act does not provide performers and sound recording makers with the exclusive right to make a particular performance or recording of that performance available to the public on an on-demand basis. The expert consultants expressed the view that an amendment would be required if Canada were to provide a making available right for performers and sound recording makers that complies with articles 10 and 14 of the WPPT.

Because of the special challenges that the network environment poses for all rights holders, some stakeholders in the performance and sound recording sectors have encouraged the departments to develop an amendment to the Act that would explicitly include a making available right for their industries consistent with articles 10 and 14 of the WPPT. As noted above, they claim that a right in this respect would enable them to negotiate, along with authors and their assigns, for appropriate terms and conditions of use, and thus, to decide for themselves how best to derive benefits from their protected subject matter and to mitigate the potential for infringement.

Certain stakeholders would like the government to go further, arguing that a protection limited to preventing on-demand communications, such as making available on network sites, ignores the current and projected amount of real time streaming of music as well as other types of works over the Internet. These stakeholders encourage the government to transcend the minimal requirements of the WPPT by including such activities within the making available right.

On the other hand, the owners of copyright in the musical works have argued that before granting this right to performers and sound recording makers, the departments ought to explore how such a right would work in practice. Concerns have been raised that having three separate exclusive rights may unduly restrict the exploitation of recorded performances of works or their dissemination on the Internet. These stakeholders have expressed concern that a single rights owner could limit distribution even though the two other rights holders were eager to promote it.

Proposals

Given this backdrop, the departments propose to pursue a dialogue on the merits of introducing a making available right.

Such a proposal could consist of the following elements: Performers and sound recording makers would be provided with an exclusive right to authorize the on-demand communication or performance to the public of a sound recording protected under the Act. For the purposes of this new provision, an "on-demand communication [or performance]"

would be one in which the communication or performance of the particular recording could be initiated by the recipient at the time of his or her choosing such that the communication or performance of the recording would follow within the interval of time required for the transmission processes to be completed.

The proposal would be drafted to meet the requirements of the WPPT, but would not cover streaming activities as such, other than on-demand streaming. With respect to on-demand streaming, the departments note that the Act already provides a remuneration right to performers and sound recording makers in respect of the communication of their works in real time. In its *Tariff 22* decision, the Copyright Board acknowledged that Internet-based communication can be communication to the public by telecommunication.

1. How would a "making available" right affect the balances among the various copyright interests?

2. In which respects might such a right require limitations or be subject to exceptions?

3. In which respects do existing rights, e.g., the reproduction right, fail to provide a measure of control which is comparable to a distinct "making available" right?

4.2 Legal Protection of Technological Measures

Increasingly, a number of technologies are available that may be used to thwart the infringement of copyright materials on-line. Many rights holders have indicated that the adoption of such protective technologies (for example, encryption) are a key aspect of their plans for disseminating their works in the networked environment. The issue arises whether and under what circumstances copyright legislation ought to provide sanctions against persons who engage in activities related to the circumvention of these protective measures.

Background

In the digitally networked world, different technologies (referred to in this paper as technological measures) for retaining control over material available on-line may become increasingly prevalent. Such measures allow for varying degrees of control: access restrictions such as passwords, confirmation measures such as signatures and watermarks, to complete controls such as encryption. Some stakeholders consider technological measures as an important set of tools available to copyright owners for preventing unauthorized uses of their copyrighted materials and for securing their continued ability to negotiate the terms and conditions under which such materials may be further disseminated.

Completely foolproof measures are unlikely to be technologically feasible. However, advances in technology will continue to increase their effectiveness. In this respect, the departments encourage the private sector to develop standards for such measures that will help to enable the emergence of the networked environment as a new marketplace for the copyright sectors. In time, the catalogue of technological measures available will likely range from those that protect copyrights by preventing unauthorized uses to complete access systems that integrate watermarking technologies and electronic rights management systems.

Concerns remain, however, that once a technological measure is defeated, control over the authorized dissemination and use of works in the networked environment is effectively lost. Given that even the strongest of technological measures will be vulnerable to circumvention, policy makers must consider whether to provide recourse against those who would defeat or assist in defeating such measures.

In proceeding with this analysis, the status of such measures is worth reviewing. Copyright law itself protects rights holders against unauthorized uses, while technological measures adopted by rights holders to ensure their rights serve to provide an additional layer of protection for works. Any proposed statutory provisions to protect technological measures would be in effect a third layer of protection, albeit one which relates not to works, *per se*, but to the technological measures in relation to works. In some jurisdictions, such legal provisions protecting technological protection measures extend beyond copyright to include restrictions on access and on the manufacture and distribution of circumvention devices. In other words, by providing legal recognition of the technological measures, the traditional boundaries of copyright law would be extended to include new layers of protection. There is concern that the *Copyright Act* may not be the proper instrument for protection measures that, *prima facie*, are extraneous to copyright principles.

International Developments

The 1996 WIPO treaties propose a model framework for the legislative recognition for such technological measures in article 11 of the WCT and article 18 of the WPPT, which provide respectively:

Article 11

> **Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict Acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.**

Article 18

> **Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by performers or producers of phonograms in connection with the exercise of their rights under this Treaty and that restrict Acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.**

Other Jurisdictions

Approaches taken or proposed in other jurisdictions have led to debate over how these articles should be implemented so as to provide a meaningful protection against piracy, but at the same time, remain consistent with the broader policies and objectives of their own copyright legislation. In general, the legislation adopted or in contemplation abroad has focussed on two types of activities: the act of circumventing a technological protection measure or the creation and/or traffic in devices (circumvention devices) that can be used to circumvent technological measures. With respect to the former, a distinction is sometimes drawn between acts that infringe copyright and acts that enable unauthorized access to protected material.

In the US, the *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) provisions which implement the above noted articles 11 and 18 target not only acts of circumventing technological protection measures for the purpose of gaining unauthorized access to works, but specifically prohibit (subject to certain exceptions) the manufacture and distribution of devices and the sale of services (circumvention services) that are used to circumvent such measures. The EU Directive contains a similar prohibition that targets both individual acts of circumvention, as well as the manufacture of and trade in devices primarily designed to circumvent protection measures.

In the debates surrounding the adoption of policies on anti-circumvention measures in both the EU and the US, policy makers needed to consider a number of issues with respect to the use of such technologies. For instance, the prohibition on circumvention devices and services could have the effect of overriding the traditional contours of copyright protection that emphasize a balance between the rights of creators and the interests of users. More particularly, the prohibition could have the effect of potentially blocking all types of access and use, whether or not they constitute an infringement of copyright. In describing this result, commentators have sometimes used the metaphor of the "locked drawer", whereby authorization to see or use the contents of the drawer must always be obtained from the owner of the key.

In Japan, the legislative choice has been to provide a very thorough and stringent regulatory framework against the circumvention of technological protection measures. Both devices (including a set of parts of a device that can be easily assembled) and programs having a

principal function for the circumvention of technological protection measures used to protect copyright, are prohibited. Subject to special rules, an act of circumvention that makes a work vulnerable to being reproduced is proscribed.

In Australia, the *Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill* does not proscribe the act of circumvention, but makes it illegal to manufacture or trade in devices that circumvent "effective technological measures". It also makes it illegal to provide services for circumventing such measures. The definition of "effective technological measures" is fairly narrow, including only copy control mechanisms and mechanisms that provide access to a work through an access code or process.

The range of provisions adopted reflects the flexibility of the WIPO treaty requirements, but also suggests that there is no clear sense of what impact technological measures will have on copyright legislation. Although the US DMCA entered into force in 1998, the entry into force of prohibitions against unauthorized access to technologically-protected works was suspended for two years. This allowed the US Copyright Office to assess and address the potential impacts of the legislation in the context of a rule-making process. The DMCA also instituted regular three year reviews to provide an ongoing mechanism to measure impacts. The provisions are now in force along with exceptions developed through the rule-making process.

Proposals

Domestically, some copyright stakeholders have indicated that in the absence of a prohibition against the manufacture and traffic in circumvention devices, would-be infringers can legally access the means that enable infringement. With respect to the possibility of sanctioning acts of circumvention alone, these stakeholders have also expressed the concern that attempts to seek legal recourse on the basis of such acts are costly and may not always be effective in providing a strong deterrent to infringement in a globally interconnected world.

The departments acknowledge the concerns of these copyright stakeholders, but must consider these concerns within the framework of Canadian copyright law, where certain uses of works and limitations on copyright protection are recognized as serving legitimate and important public policy objectives. Such limitations are evidenced by the finite term of copyright protection, the fair dealing provisions and the exception provisions. These elements of our copyright law have been the outcome of extensive debate, consultation, jurisprudence and legal obligation, both domestically and internationally. Any attempt to affect that balance may require a reconsideration of the current extent of the exceptions provisions.

The departments have considered the possibility of restricting or prohibiting the traffic in circumvention devices, while at the same time permitting devices that have, as their primary

purpose, an activity that qualifies as legitimate, such as the enjoyment of an exception or access to material in the public domain. The difficulty is that devices which are suited to infringing uses are, by and large, equally suited to non-infringing uses. For example, a device used to circumvent a measure that prevents unauthorized copying will not distinguish between materials that continue to benefit from copyright protection from those that have fallen into the public domain.

Under these circumstances, the departments question whether it is possible to establish a legal framework which, on the one hand covers virtually all activities that undermine the use of technological measures, but at the same time continues to reflect the policy balance currently set out in the Act. Such a change in the *Copyright Act* could potentially result in a new right of access, the scope of which goes well beyond any existing right, and would represent a fundamental shift in Canadian copyright policy. It could serve to transform a measure designed for protection into a means of impeding legitimate uses. In essence, a change of this nature would be tantamount to bringing within the realm of copyright law, matters (e.g., restrictions on use) which may be more properly within the purview of contract law. Given the rate at which the technology underlying protection measures is changing, it is difficult, under present circumstances, to evaluate the public policy implications of such a step. Perhaps the role of technological changes warrants a careful study to examine what will be the dimensions of the intersection of anti-circumvention measures with the current Act.

The departments consider that the issues relating to anti-circumvention measures raised in this paper may serve as the departure point for a broader dialogue with all our copyright stakeholders on the appropriate contours of copyright in this environment. The departments are interested in developing approaches that will tangibly advance the government's public policy objectives and broader reflections on copyright, and are therefore eager to obtain stakeholder input.

The most basic form of prohibition would be to restrict specific acts. The Act would specifically prohibit the circumvention, for infringing purposes, of technological protection measures , where such measures have been adopted, *inter alia*, to restrict acts not permitted by the Act. In certain cases with commercial motivations, where the scale of the circumvention has consequences for the copyright sectors as a whole, there should be appropriate criminal sanctions. In taking this approach, the departments are in no way attempting to suggest to rights holders what kinds of technological protection measures they should be adopting.

At the other end of the spectrum, the most extensive form of prohibition would entail a prohibition on circumvention devices in addition to a prohibition on acts, as above. Thus, there could also be remedies against importing, selling, letting for hire, by way of trade offering or exposing for sale any device whose purpose is to circumvent any technological measure used to protect a right or rights conferred under the *Copyright Act*.

Further questions arise with respect to possible measures at this end of the spectrum. For example, to conserve the current contours of our copyright law, should rights holders be under a positive obligation to provide access to a person whose use falls within an exception to or limitation on copyright set out in the Act? This question touches on the issue of exemptions, which may require further analysis. The *Copyright Act* includes a private copying regime that could be significantly affected by restrictions that impede the ability to make copies of sound recordings for personal use.

1. Given the rapid evolution of technology and the limited information currently available regarding the impact of technological measures on control over and access to copyright protected material, what factors suggest legislative intervention at this time?

2. Technological devices can be used for both copyrighted and non-copyrighted material. Given this, what factors should be considered determinative in deciding whether circumvention and/or related activities (such as the manufacture or distribution of circumvention devices) ought to be dealt with in the context of the *Copyright Act*, as opposed to other legislation?

3. If the government were to adopt provisions relating to technological measures, in which respects should such provisions be subject to exceptions or other limitations?

4. Are there non-copyright issues, e.g. privacy, that need to be taken into account when addressing technological measures?

4.3 Legal Protection of Rights Management Information

On the Internet, copyright materials may be available from multiple sources - not all of which are necessarily authorized by rights holders - and for a variety of uses. The ability of rights holders to embed certain rights management information in their material can help them to assert their interest in the material and to monitor its movement. It can also serve to facilitate on-line licensing. However, the information is only useful to the extent that its integrity is maintained. In addition, it is important to bear in mind that the protection of rights management information could have implications for personal privacy. This section discusses how the *Copyright Act* should apply against those who would tamper with or delete rights management information. It also explores what information should qualify for such protection.

Background

As a preliminary point, the departments note that the information discussed as "rights management information" relates to identifying information pertaining to the work, such as the title, the author or first owner and an identifying code. Such information may also function in relation to technological measures, as where a watermark serves to identify a work but may also be a requisite component for enabling the authorized use of a copyrighted work. The following discussion will develop the issues surrounding rights management information as a distinct area of concern. However, it is necessary to keep in mind potential questions on how rights management information overlap with those relating to technological measures.

Internationally, the copyright community has indicated that rights management information associated with works or sound recordings will become increasingly important, in an on-line environment. This information is part of the means used to verify the identity of a work and potentially the non infringing character of the works or recordings that are being made available for viewing, listening and downloading. It may also be a component of the systems for tracking certain information that is useful to rights holders, for example, for the purpose of distribution of royalties or clearance of rights. Thus, such information will allow rights holders to ascertain certain uses being made of these works and recordings. Rights management information may also allow users to confirm any moral rights that exist in the works.

Although in the future it may become difficult or unnecessary to distinguish between technological measures and rights management information, it is worthwhile to have a separate section on rights management information in order to discuss the considerations that are particular to it.

The expert consultants' papers advised that the Canadian *Copyright Act* does not currently contain measures to protect the integrity of this information. The departments agree with this view and consider that rights owners should have effective remedies against such manipulation of their rights management information.

Some members of the copyright community have emphasized that legal deterrents are necessary to discourage tampering with such information in order to facilitate or conceal infringement. This community's concern is reflected in article 12 of the WCT and article 19 of the WPPT:

Article 12

(1) Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce,

enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention:

(i) To remove or alter any electronic rights management information without authority;

(ii) To distribute, import for distribution, broadcast or communicate to the public, without authority, works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.

(2) As used in this Article, "rights management information" means information which identifies the work, the author of the work, the owner of any right in the work, or information about the terms and conditions of use of the work, and any numbers or codes that represent such information, when any of these items of information is attached to a copy of a work or appears in connection with the communication of a work to the public.

Article 19

(1) Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty:

(i) To remove or alter any electronic rights management information without authority;

(ii) To distribute, import for distribution, broadcast, communicate or make available to the public, without authority, performances, copies of fixed performances or phonograms knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.

(2) As used in this Article, "rights management information" means information which identifies the performer, the performance of the performer, the producer of the phonogram, the phonogram, the owner of any right in the performance or phonogram, or information about the terms and conditions of use of the performance or phonogram, and any numbers or codes that represent such information, when any of these items of information is attached to a copy of a fixed performance or a phonogram or appears in connection with the communication or making available of a fixed performance or a phonogram to the public.

Other Jurisdictions

The Australian *Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill* has introduced such measures into Australian copyright law. The European Union's Copyright Directive, once implemented by its Member States, will achieve essentially the same result.

The US and Japan currently protect rights management information, but both jurisdictions have gone somewhat beyond the bare WIPO treaty requirements by including provisions that create sanctions for knowingly providing false rights management information. These jurisdictions also provide certain exemptions from liability. In the US, there is a general exemption for tampering for law enforcement, intelligence and other governmental activities. In Japan, there are exclusions from the prohibitions against alteration and removal (for instance, where certain recording or transmission technologies are involved), and where these acts are necessary to lawfully use the copyrighted material.

Proposals

The departments consider that article 12 of the WCT and article 19 of the WPPT could form the basis for a proposal to create new types of secondary infringement and new offences under the Act. These secondary infringements would consist of the removal or alteration of rights management information that impede the management of rights set out by law, and would include the distribution and communication to the public of works or copies of works when it is known that rights management information has been in some way altered or removed without authorization. In addition, the Act could also provide for a separate offence for removing or altering rights management information in order to enable or abet infringements of copyright and related rights.

At the same time, the departments ask whether the integrity of certain information ought to be protected, given that, over time, the information may cease to be accurate. Some commentators have noted that certain information currently included as "rights management information" in accordance with the definitions provided in the WCT and WPPT may change often during the lifetime of the copyright. In particular, the rights owner may often change, though the author will not, or in the case of a particular sound recording, the performer will not. Similarly, terms and conditions may not only change, but have uncertain legal validity in Canada. This may cause confusion among users and detract from a rights management regime rather than promote it.

As a further consideration, the departments note that in several cultural sectors, such as audio-visual works, there is a growing international consensus towards the adoption of a simple identifying code. Would the adoption, universally, of a single identifying code render protection of other types of information unnecessary?

Option A

According to this option, "Rights Management Information" would be defined consistently with article 12(2) of the WCT and article 19(2) of the WPPT.

The fact that terms and conditions are protected does not, by itself, mean that those terms and conditions apply in Canada or are legally binding in Canada. Protecting such information should not be construed as confirming the legal validity in Canada of the terms and conditions of use which may be part thereof. Similarly, terms such as "author" or "owner of any right" would be defined according to their meaning in Canada.

Option B

Alternatively, rights management information in relation to a work would be defined to include information identifying the work, the author, the first owner of copyright in the work, and any numbers or codes that represent such information. The first owner of copyright is included in acknowledgement of the fact that many works (e.g., computer programs) are produced jointly by a number of authors who are employees of a business. In such instances, the name of the author may not usefully assist the copyright owner in identifying or asserting their interest in the work.

Similarly, rights management information in relation specifically to a sound recording would include information identifying the performer, the performance of the performer, the maker of the sound recording, the first owner of any right in the performance or sound recording, and any numbers or codes that represent such information.

1. What information should be protected under the *Copyright Act*? Given that information may cease to be accurate over time, should information relating to, for example, the owner of copyright and to terms and conditions of use be protected?

2. Certain terms and conditions may not be legally valid in Canada if they are contrary to public policy. In light of this, what limitations should there be on the protection of such information? Is a provision required that specifies that the protection of such information does not imply its legal validity in Canada?

3. Given the fact that some technologies serve a dual purpose, i.e., reflect rights management information and protect a work against infringement, how should provisions concerning rights management information take into account provisions regarding technological measures?

4. If the Act were amended to protect rights management information, does the fact that some technologies may be used both to set out rights management information and protect a work against infringement mean that duplicate or overlapping sanctions could result in some cases?

5. Are there non-copyright issues, e.g. privacy, that need to be taken into account when addressing rights management information?

4.4 Liability of Network Intermediaries, such as Internet Service Providers, in Relation to Copyright

Internet Service Providers (ISPs) play an integral role in enabling use of the Internet, whether the user is a sender of content or a recipient. To date, however, the *Copyright Act* has not specifically taken into account the role of the ISP. This section considers some of the issues with respect to the copyright liability of ISPs and explores the possibility of resolving them in a way that could also serve to curtail the circulation on-line of infringing content.

Background

Many Canadians are turning to network platforms such as the Internet to access various materials, including works protected by copyright. Correspondingly, the Canadian copyright sectors are seeking ways to exploit the potential of networks such as the Internet to disseminate their content.

The ISP plays an integral supporting role in enabling the dissemination and enjoyment of content produced by and for Canadians. One of the main functions of the ISP is to act as an

intermediary to provide the network services that enable the connections between content providers and end users. This intermediary function can encompass various distinct types of activities. At a minimum, most provide their subscribers with access to the Internet, which includes the ability to transmit and receive information and to provide services such as e-mail. Many also provide space on their servers to their clients for use as Web sites, take measures (such as caching) to increase the efficiency of the network system, and provide or facilitate access to a wide range of content and consumer-oriented services.

The growth of a Canadian presence in the digitally networked environment will be aided by a viable and competitive Canadian ISP[5] sector. The range of entities carrying out intermediary functions is extensive - ISPs in Canada are not only private commercial entities. Governments, educational institutions, libraries, archives, hospitals and other public institutions which, in fulfilment of their mandates, provide services to the public, may offer their employees, patrons and students services similar to those that are offered to the consuming public by their private sector counterparts. Technological change is making it feasible for private individuals to offer these services as well. A policy framework for ISPs must recognize the role played by all these entities, institutions and individuals.

However, the ISP community advises that given the sheer volume of material flowing through their facilities, ISPs do not currently have the ability to continually assess the legitimacy, from the standpoint of copyright, of client activities in relation to particular materials. Furthermore, the copyright status of the materials and the legal relationship between right holder and user (i.e., is the use authorized?) will often be unknown and unknowable to the network intermediary.

Some within the copyright sectors and the ISP community have also noted that the application of the *Copyright Act* to ISP activities is unclear in certain respects. This concern was acknowledged by IHAC in its 1995 report, *Connection, Community and Content*:

> The Council recognized that under the current law, service providers could be held liable for copyright infringement. Only common carriers that function solely in that capacity are exempt from copyright liability under the *Copyright Act*. However, it was felt, with the absence of any recourse to some form of defence mechanisms, copyright liability of Bulletin Board system operators could be too rigidly interpreted. (p. 120).

---

[5]ISP functions include many different kinds of services that link the content provider and the end user. However, the ISP activities that are of interest for the purposes of this paper are those that relate to enabling and facilitating access to and exchange of content on behalf of clients, i.e., where the ISP provides storage space, acts as a conduit for enabling access to information or takes measures to improve the efficiency of this service. The departments put aside for the present time consideration of those activities where the ISP is in some way involved in the selection of particular content, for example, the cataloguing of favourite Web sites within an organized taxonomy.

When IHAC prepared its 1995 report, the ISP sector was in the early stages of its development; to a greater degree than is the case today, content dissemination over networks was assisted through bulletin board services. IHAC's statement, though referring to bulletin board system operators, may be illustrative of the problem currently faced by ISPs in their intermediary capacity. In fact, with respect to potential copyright liability, bulletin board system operators often play a greater role vis-à-vis the particular content on their sites than do ISPs, such that the ISPs' intermediary activities seem to be contemplated by the statement.

Current copyright rules were not developed taking into account the emergence of the ISP sector and the departments agree that the application of these rules to ISPs may be uncertain in some instances.

Whether ISPs could be subject to a tariff of copyright royalties for the music communicated over their networks was an issue before the Copyright Board in the *Tariff 22* proceedings. The Board's decision on the legal issues raised in these proceedings specifically considers whether Internet intermediaries communicate musical works to the public by telecommunication when their subscribers upload such works onto the network sites they host. It also considers whether such communication occurs in the context of certain Internet-related activities such as linking, caching and mirroring.

In the opinion of the Copyright Board, it is the content providers (i.e., those who upload content onto network sites) who are liable to pay royalties under the Act, as it is they who communicate or authorize the communication of the works within the meaning of the Act. Providing services as an intermediary does not entail liability, as such activities are in many respects analogous to those of telephony's common carriers, and are specifically exempted pursuant to s.2.4(1)(b) of the Act. However, at the time of writing, it must be noted that the Board's decision is being reviewed by the Federal Court of Appeal such that the law in this respect has not been fully settled.

The *Tariff 22* decision deals specifically with the *Copyright Act*'s right of communication to the public by telecommunication in the context of musical works. As such, it does not eliminate the need to give further consideration to the liability issue, particularly in relation to the reproduction right.

In respect of reproduction, legal commentators have stated that in Canada, infringement of the reproduction right can give rise to strict liability; persons whose facilities are used to effect a reproduction may be liable regardless of whether or not there was an intent to infringe copyright. That said, the departments are not aware of case law that resolves the issue specifically with respect to ISPs.

However, with current technologies, reproductions of content of all kinds are an integral part of the networked environment. Reproductions may be found on Web sites, are made

automatically through caching processes, and possibly in a transient fashion through the transmission process as well.

The departments understand that transmissions over digital networks such as the Internet operate basically through a process called "packet switching" to convey the information contained in any transmission between content providers and end users. An ISP would be unable to carry out one of its primary functions if it could not effect the reproductions of information that may be necessary to complete a communications activity. In addition, since these packets can be stored in various locations for varying amounts of time, this caching activity, while not essential to a particular act of communication, facilitates communications generally by increasing overall network efficiency.

In the departments' view, there are considerable difficulties in attempting to identify:
- which transmission processes result in the creation of a copy of a given work however transient, that amounts to a "reproduction" for the purposes of the *Copyright Act*;
- where those reproductions are made; and,
- whose server and storage facilities are involved, especially where such processes are largely automated.

The departments note that tariff proposals in relation to reproduction have been filed with the Copyright Board by the Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. The tariff proposals (http://www.cb-cda.gc.ca/proposed-e.html) are based on "network exploitation" of reproductions of the recorded music in the SODRAC repertoire. Under these tariffs, ISPs would be required to pay royalties for all reproductions of the SODRAC repertoire that they or their customers may make on their facilities. The royalties would be payable on a per subscriber basis or on the basis of a percentage of gross revenues, whichever is greater. By paying royalties in accordance with the tariff, ISPs would be exempt from further liability in relation to the reproduction of SODRAC works. These tariffs would then be part of the means available to SODRAC to be compensated for certain unauthorized reproduction activities such as those enabled by widely used programs such as Napster and Gnutella.

The departments have considered the SODRAC approach in this paper in light of, among other things, the policies adopted for the time being by its major trading partners (summarized below), the international implications for Canada, and the varied business models which many of the copyright sectors are contemplating for conducting business on-line.

If certified, the SODRAC tariff creates an additional and distinct liability for ISPs which, because it does not embrace all copyright material circulating over the Internet, must necessarily co-exist with existing liability rules for works not covered by the tariff. This would create a situation that the departments believe would be unique to Canadian ISPs. For

instance, they would likely be the only ISPs required to pay for the reproduction of material covered by the tariff, whereas foreign ISPs, which provide access to the same material, would not be under the same obligation. Further, faced with an allegation of copyright infringement, an ISP would have to take steps to determine whether or not the material at issue fell within the tariff repertoire. In these circumstances, it is open for discussion as to whether this approach to copyright liability represents an effective model that encourages the development of a Canadian ISP sector.

The departments acknowledge that over time, changes in the policy and technological environment may eventually compel the international copyright community to give this type of framework detailed consideration. In the meantime, however, the need remains to articulate a domestic policy that is cognisant of the interests of rights holders and of ISPs and of the global nature of the digitally networked environment.

Other Jurisdictions

Outside Canada, other jurisdictions have enacted legislation to promote certainty about their liability for ISPs in their intermediary role. The US, in its *Digital Millennium Copyright Act* of 1998, sets out detailed provisions that govern the liability of ISP specifically in relation to copyright infringement. The European Union, in its *Directive on Electronic Commerce* (adopted, but not yet formally implemented), has taken a "horizontal approach", addressing liability in relation to all digital activities, e.g., child pornography, hate literature, defamation, and including copyright-related activities, in order to promote consistency of liability across all the European jurisdictions.

While the US and EU approaches are different in certain respects, both are in essence variants of a notice and take-down system. Australia and Japan have also adopted similar positions to the US and the EU on intermediary liability.

Under a notice and take-down system, an intermediary is shielded from copyright liability unless, after having received notice of infringing material on its facilities, it fails to take requisite steps to address the situation. Notice creates the impetus for the ISP to remove the offending material by exposing the ISP to the risk of a (greater) liability for failure to act on such a notice.

The US has included detailed notice and take-down provisions in its DMCA. The departments note that the DMCA only limits the liability of those ISPs who register with the US Copyright Office by designating an agent. In addition it also imposes three further threshold requirements: a policy to terminate accounts of habitual infringers, a notice to its subscribers of this policy, and a policy of not interfering with technical measures for identifying or protecting works. In addition, for caching and user storage, the ISP must also provide the name of an agent for receiving notices from rights holders.

The EU has not incorporated detailed notice and take-down measures into its Directive, but nonetheless requires ISPs to act "expeditiously" to remove infringing material from their subscriber sites once they become "aware" of the existence of such materials; the Directive does not specify the consequences of an ISP's failure to act expeditiously.

Proposal

The departments note that agreements have already been concluded between certain rights holders and ISPs to deal with the presence of potentially infringing material on the ISPs' network facilities. These contractual arrangements could be buttressed by voluntary codes of conduct adopted by ISPs that provide a further layer of clarity about the role and responsibilities of ISPs in the communication process. The departments take special note of the Canadian Association of Internet Providers' (CAIP) Code of Conduct (http://www.caip.ca/issueset.htm) and commend CAIP members for their collaborative approach to dealing with illegal content on the Internet. In this respect, CAIP has advised that it is working to strengthen the effectiveness of the Code of Conduct through a *Fair Practices Initiative* that would provide guidance to CAIP members about how to put self-regulatory measures into practice on a day-to-day basis. At the time of writing, however, neither the Code nor the *Fair Practices Document* (http://www.caip.ca/issueset.htm) appear to contain provisions specifically addressing notice and take down with respect to material that infringes copyright. The departments therefore encourage CAIP to consult its membership on this issue, if it has not already done so.

The wide diversity of organizations and individuals who now qualify as rights holders or who provide services as ISPs means that direct collaboration and agreement may not always be feasible. Accordingly, a role remains for the government to establish copyright liability rules that are clear and fair.

In this regard, the departments are mindful of a number of considerations:

- The evolution of a network-based economy is desirable and inevitable as a social, cultural and economic engine.

- Connectivity is fundamental to Government On-line, Electronic Commerce and e-democracy.

- Canadians should be encouraged to participate in this economy, both as consumers and as providers of services and content.

- Important measures of the success of this economy will be the amount of creative content available on-line and the use made of it.

- On a practical level, it is likely not feasible for ISPs to attempt to monitor such content. In this regard, consult *Regulation of the Internet - A Technological Perspective* (http://strategis.ic.gc.ca/SSG/sf05082e.html). Moreover, in the copyright context, the copyright status of a work or the legal relationship between the right holder and the user or the work will often be unknowable to the ISP.

- The persons who benefit from the content most directly are those who provide it and those who use it subsequently.

The departments raise the possibility of establishing a complaints-driven, notice and take-down process that appears to address important preoccupations of both rights holders and the ISP community. The process would be subject to any contractual arrangements entered into by ISPs with rights holders; in the absence of such contractual arrangements, a statutorily-specified process would apply.

The departments' proposal would contain the following elements:

First, there would be a limitation on liability for copyright infringement. An ISP would not be liable for copyright infringements when its facilities are used by a third party (including its clients) for disseminating copyright-protected material, whether this dissemination is understood as communication to the public (i.e., through a network transmission process) or reproduction (e.g., for purposes of caching or Web site hosting). Similarly, the ISP would not be liable for reproductions of copyrighted materials in the form of caches that facilitate the communications process where the original or initial communication is authorized.

Second, there would be a provision for notice and takedown. In the context of this approach, an ISP would not be liable for having infringing material on one or more of its sites unless it failed to block access within a specified time of receiving "proper notice" from a rights holder or other interested party that such material was potentially infringing. In this respect, however, a cache which is created to facilitate the communication of legitimate material from an authorized site, would not, of itself, constitute an infringing reproduction. The proposal in respect of notice and takedown is limited to the intermediary function that relates to hosting and caching since purely transmission related activities would not be amenable to notice and takedown regimes.

The departments solicit comments as to whether proper notice should consist of the following or other elements:
- be in writing;
- provide clear identification of the claimant and his/her interest in the infringing material;
- set out the precise claim, including a description of the infringing material; and,
- set out the location of the infringing material.

Third, there would be limitations on the liability of ISPs for any economic harm resulting from compliance with the notice and take-down regime. That is, an ISP that acts in good faith to block access to a site specified in a "proper notice" is not liable for the harm suffered in consequence by its client or other third party. Further, the claimant must corroborate its claim in a timely fashion.

As noted previously, an increasing array of Internet players, ranging from commercial to non-commercial entities and individuals, purport to carry out intermediary functions. Accordingly, the exemption from liability would be restricted to ISPs that represent themselves to the world as providing intermediary services in an accountable, responsible manner. Thus, to benefit from the exemption, ISPs could be required to establish an identifier on the sites they host or their cache sites that would enable an interested party to communicate directly with them. This would help identify ISPs who qualify under the notice and take down provisions as well as identify a contact person for initiating requests about infringing material.

The departments acknowledge that concerns may be raised with an approach based on notice and takedown. First, the notice and takedown elements of the proposal are limited, for reasons suggested above, to caching and hosting such that no recourse would be available for the other types of reproduction that may be part of the communication processes in the networked environment. Second, unlike a tariff regime which provides for royalty payments to rights holders, a notice and takedown regime represents an overhead expense (i.e., the cost of monitoring and notification) that is not offset by compensation. In this regard, however, the notice and takedown framework preserves the legal ability of rights holders to assert control over the reproduction and communication of their works on-line. It reinforces this ability in practical terms by providing a quicker and less expensive mechanism than court proceedings for effecting the rapid removal of infringing content from the networked environment. Third, limiting the ISPs' liability could have the effect of reducing or removing their incentive to participate in voluntary licensing-based initiatives for the on-line environment.

The departments ask stakeholders to comment on these elements, as well as to consider whether there are other elements that should be included in this proposal.

1. Do the current provisions of the *Copyright Act* already adequately address ISP concerns?

2. Some ISPs and rights holders have entered into agreements for dealing with infringing material. In what respects is this approach sufficient or insufficient?

3. What other intermediary functions that have not been discussed in this section, but that are nonetheless being carried out by ISPs, ought to be considered when developing a policy regarding ISP liability?

4. To the extent that a notice and take-down system is being contemplated, how would such a system affect the framework in Canada for the collective management of copyright? What alternative proposals should be considered? Under what conditions would a compulsory licensing system be appropriate?

5. To the extent that issues surrounding the scope and application of the reproduction right are being examined in relation to Internet-based communications, are there reasons why this examination should be restricted to the question of ISP liability?

5. CONCLUSION

The purpose of this paper is to initiate consultation on a number of issues that arise at the intersection of the new digitally networked environment with the *Copyright Act*: it serves as the backdrop for an initial discussion on the copyright aspects of a framework designed to promote the dissemination on-line of new digital content, for and by Canadians.

The foregoing proposals represent the current state of analysis on these issues. The departments would appreciate your comments on any aspect of this document. **We would ask that you provide a written response by September 15, 2001.**

Written comments may be sent by e-mail (WordPerfect, Microsoft Word or HTML formats) to:

copyright-droitdauteur@ic.gc.ca

Comments may also be sent by mail or fax to:

Comments - Government of Canada Copyright Reform
c/o Intellectual Property Policy Directorate
Industry Canada
235 Queen Street
5th Floor West
Ottawa, Ontario
K1A 0H5
fax: (613) 941-8151

Comments received, including the name of the person or organization making the submission, will be posted, in the official language in which they were submitted, on the Web site of the Intellectual Property Policy Directorate, Industry Canada, located at: http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ip00001e.html and the Web site of the Copyright Policy Branch, Canadian Heritage at: http://www.canadianheritage.gc.ca. If you do not wish for your submission to be so used, please expressly indicate so therein. Paper copies of the submission will be made available on request.

Comments on the submissions received should be provided in the same manner by October 5, 2001.

Acceptable Use Policy

This consultation is intended to promote constructive debate. Submissions of an inflammatory nature such as personal or slanderous/libelous attacks, threatening messages or hate speech will be neither accepted nor displayed.

This publication is also available electronically on the World Wide Web at the following address: http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ip00001e.html.

Disclaimer

Some of the information available through this publication is provided by external sources. The Government of Canada is not responsible for the quality, merchantability and fitness for a particular purpose of products or services available on external sites and listed or described herein; nor is the Government of Canada responsible for the accuracy, reliability or currency of the information contained in this publication and supplied by external sources.

Gouvernement du Canada
Government of Canada

Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique

Canada

Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique

Le 22 juin 2001

Produit par :

Direction de la politique de la propriété intellectuelle
Industrie Canada

Direction générale de la politique du droit d'auteur
Patrimoine canadien

Médias substituts/Exemplaires supplémentaires

Vous pouvez obtenir cette publication, sur demande, en médias substituts. Pour obtenir de plus amples renseignements ou du présent document, veuillez communiquer avec un des ministères suivants :

Centre de diffusion de l'information
Direction générale des communications
Industrie Canada
Bureau 268D, tour ouest
235, rue Queen
Ottawa (Ontario) K1A 0H5

Téléphone : (613) 947-7466
Télécopieur : (613) 954-6436
Courriel : **publications@ic.gc.ca**

Direction générale de la politique du droit d'auteur
Ministère du Patrimoine canadien
6e étage, pièce 159
15, rue Eddy
Hull (Québec) K1A 0M5

Téléphone : (819) 997-5638
Télécopieur : (819) 997-5685
Courriel : **copyright@pch.gc.ca**

Autorisation de reproduction

Sauf indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en totalité ou en partie et par tout moyen, sans frais et sans autre autorisation d'Industrie Canada ou du Patrimoine canadien, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée de manière à assurer l'exactitude de l'information reproduite, qu'Industrie Canada et le Patrimoine canadien soient identifiés comme étant les sources de l'information et que la reproduction ne soit pas présentée comme une version officielle de l'information reproduite ni comme ayant été faite en association avec Industrie Canada ou le Patrimoine canadien ou avec l'approbation de ceux-ci.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication dans un but commercial, veuillez envoyer un courriel à : **Copyright.Droitsdauteur@pwgsc.gc.ca**.

N.B. Dans cette publication, la forme masculine désigne tant le féminin que le masculin.

N° de catalogue C2-585/2001
ISBN 0-662-65914-7

Contient 20 p. 100 de matières recyclées

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION 1

2. CONTEXTE 8
2.1 Premières initiatives nationales 8
2.2 Initiatives internationales 10
2.3 Les traités de l'OMPI – Le contexte national 12
2.4 La responsabilité des fournisseurs de service Internet 13

3. PRINCIPES FONDAMENTAUX 14

4. PROPOSITIONS 17
4.1 Mise à disposition 17
4.1.1 Les auteurs et leurs successeurs 20
4.1.2 Les interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores 21
4.2 Protection juridique des mesures technologiques 22
4.3 Protection juridique des renseignements sur la gestion des droits 29
4.4 Responsabilité des intermédiaires de réseaux 34

5. CONCLUSION 43

LISTE DES ACRONYMES

ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CCAI	Comité consultatif sur l'autoroute de l'information
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
FSI	Fournisseur de service Internet
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
PI	Propriété intellectuelle
SDMI	Secure Digital Music Initiative
TIC	Technologies de l'information et des communications
WCT	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur
WPTT	Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes

1. INTRODUCTION

Au cours de la dernière décennie, une véritable révolution technologique a permis la création d'un réseau mondial des réseaux, représenté aujourd'hui principalement par Internet. Ce réseau est en voie de devenir un important moyen de diffusion et d'échange d'informations numérisées de tous genres. Ces informations se présentent notamment sous la forme de données, de textes, de musique, de documents visuels et audiovisuels ou de logiciels. Elles peuvent être transmises de façon synchrone, c'est-à-dire que le destinataire visionne l'information pratiquement dès qu'elle est envoyée ou de façon asynchrone, ce qui veut dire qu'elle est entreposée pour être récupérée plus tard par le destinataire. L'information peut être destinée à une ou plusieurs personnes ou abonnés, ou elle peut être mise à la disposition du monde entier.

Le présent document vise à amorcer une consultation sur divers enjeux qui se posent au point de rencontre du nouvel environnement de réseaux numériques et de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il constitue une première étape en vue d'amorcer une discussion initiale sur un cadre politique du droit d'auteur favorable à la diffusion en ligne de nouveaux contenus numériques pour et par les Canadiens.

Les possibilités qu'offre l'environnement de réseaux numériques

L'émergence de nouvelles et puissantes technologies numériques de traitement de l'information et de communication (TIC) a mis, à notre portée, des moyens de partager et d'échanger, à l'échelle planétaire, de grandes quantités d'information sous diverses formes, à un coût modique qui va sans cesse en diminuant. Les TIC, et en particulier Internet, offrent donc à un nombre croissant de Canadiens l'occasion de faire sentir leur présence, au Canada et à l'étranger, au niveau de la culture, de l'identité ou du commerce.

Par diverses initiatives regroupées dans le programme, *Un Canada branché*, le gouvernement a pris d'importantes mesures pour s'assurer que les Canadiens profitent d'une infrastructure Internet à nulle autre pareille. L'un des objectifs fondamentaux du soutien du développement d'une telle infrastructure est d'offrir une plate-forme permettant de promouvoir une présence canadienne dynamique et visible partout dans le monde. Tel qu'énoncée sur le site Web consacré à *Un Canada branché* (http://www.connect.gc.ca/fr/100-f.htm), l'une des grandes priorités du gouvernement, dans le cadre de ce programme, est d'aider le Canada à devenir un leader mondial dans la fourniture de contenu en ligne et de programmes d'ordinateurs originaux. Internet est l'outil idéal pour renseigner le monde sur notre pays, notre peuple, notre culture, nos capacités, nos réalisations, notre histoire et nos espoirs. À cette fin, le gouvernement a constitué un fonds spécial destiné à la promotion des secteurs innovateurs, tel celui du multimédia. Il s'efforce aussi de veiller à ce que ses lois cadres concourent à cet objectif.

Une présence canadienne – considérations d'ordre culturel

On ne saurait surestimer les répercussions de l'environnement de réseaux numériques. Les possibilités d'interaction sur Internet s'accroissent parallèlement à l'augmentation du nombre de personnes qui y participent et à l'amélioration de la capacité et de la distribution, exaltant et enrichissant de façon spectaculaire la culture canadienne. Les Canadiens peuvent aujourd'hui communiquer plus facilement les uns avec les autres et avec le monde, augmentant et améliorant ainsi les possibilités qu'ils ont d'acquérir la compréhension et les connaissances que représente la culture. Les créateurs de toutes les formes d'oeuvres culturelles ont ainsi une occasion sans précédent de partager leurs oeuvres non seulement avec un plus grand nombre de Canadiens, mais avec le reste du monde. Le but visé par le ministère du Patrimoine canadien et Industrie Canada (appelés collectivement les « ministères ») est de lier les objectifs stratégiques des ministères aux possibilités offertes par l'environnement numérique. Les politiques actuelles du gouvernement dans le domaine culturel trouvent leur expression dans *Le Canada, une expérience à vivre : diversité, créativité et pluralité de choix* (http://www.pch.gc.ca/mindep/misc/experience/francais.htm). Ces politiques culturelles visent une gamme d'objectifs : offrir des choix diversifiés et accessibles aux Canadiens, promouvoir l'excellence chez les gens, renforcer les capacités et, enfin, brancher les Canadiens entre eux et avec le monde. Ce n'est qu'en continuant à privilégier le partage par la communication que l'on pourra enrichir la trame culturelle du Canada.

Le commerce électronique

Internet se positionne rapidement comme un important véhicule pour la vente et la diffusion de nombreux types de biens et de services, y compris des œuvres protégées par le droit d'auteur. Un large éventail d'entreprises offrent leurs biens et services sur Internet. Certaines concluent maintenant le paiement et les modalités de livraison en ligne. Lorsque le produit acheté se présente sous forme numérique, que ce soit une photographie, une étude ou un enregistrement sonore, la livraison elle-même peut s'effectuer sur Internet par quelques touches au clavier et clics de la souris.

En 1999, les ventes du secteur privé sur Internet au Canada ont totalisé environ 4,2 milliards de dollars. Ce chiffre est passé à 7,2 milliards de dollars en 2000, soit une hausse de 73,4 p. 100 sur 1999 (*Enquête sur les technologies de l'information et le commerce électronique de 2000*, Statistique Canada, http://www.statcan.ca:80/Daily/Français/010403/tq010403.htm).

Selon des estimations du secteur privé, ce montant devrait augmenter si rapidement qu'en 2004, les transactions commerciales des Canadiens sur Internet devraient atteindre environ 151,5 milliards de dollars (*IDC, 2000*, http://idc.com). Cette croissance est attendue parce

que le Canada est relativement bien branché en comparaison d'autres grandes nations industrialisées. Globalement, le Canada occupe le second rang derrière les États-Unis. À l'heure actuelle, le Canada est le pays où l'accès à Internet est le moins coûteux dans le monde. De plus, il se classe avantageusement en regard des indicateurs de branchement, tels que l'infrastructure, l'accès, les niveaux d'utilisation et les facilitateurs socio-économiques pertinents. La disponibilité de contenus intéressants en ligne est un important facteur de participation des Canadiens au marché du commerce électronique.

Dans la *Stratégie canadienne du commerce électronique* de 1998 (http://e-com.ic.gc.ca/français/60.html), le gouvernement affirmait que « les gouvernements [au Canada] doivent agir rapidement pour clarifier les règles du marché, en consultation avec le secteur privé » et que « sans règles claires, la croissance et l'utilisation du commerce électronique seront freinées » (p. 28). Dans ce contexte, la protection de la propriété intellectuelle (PI) faisait l'objet d'une mention spéciale : « Il est indispensable, pour la croissance du commerce électronique, de concilier la protection du contenu et les besoins des utilisateurs, et, au Canada, ces questions sont abordées par rapport à un contexte mondial. » (p. 32).

La Table ronde sur les possibilités des affaires électroniques canadiennes est une initiative du secteur privé lancée en 1999 pour élaborer une stratégie qui permettrait d'accélérer la participation du Canada à l'économie sur Internet. Dans son rapport de janvier 2000, intitulé *Pour une progression rapide : Comment faire du Canada un leader dans l'économie sur Internet*, la Table ronde identifiait un certain nombre de possibilités qui s'offrent au Canada pour jouer un rôle de leader dans le développement du commerce électronique. Selon la Table ronde :

> « La demande d'œuvres d'animation et de graphiques basés sur le Web croîtra de façon spectaculaire à mesure que la demande de capacité sur bandes larges augmentera. Le Canada est bien positionné pour être un fournisseur multimédia de premier plan. [...] Même si le secteur du multimédia a répondu principalement aux besoins du marché canadien, il peut livrer concurrence sur le plan des compétences et des coûts aux 'incubateurs' en design de New York, de San Francisco et de Los Angeles [...] » (p. 19)

En février 2001, la Table ronde a produit un autre rapport, qui s'intitule *Progression rapide 2.0 : Faire passer le Canada au palier suivant*. On peut consulter ce rapport sur le site Web du Groupe de travail sur le commerce électronique, à http://e-com.ic.gc.ca/francais/index.html.

Conséquences pour la politique du droit d'auteur

Le droit d'auteur subsiste dans de nombreux produits ou services électroniques accessibles en ligne. Les industries culturelles et autres, comme l'industrie du logiciel, considèrent que le

droit d'auteur est essentiel afin d'engendrer les rendements nécessaires pour stimuler la création et la commercialisation d'une gamme étendue de nouveaux contenus. Un grand nombre de secteurs ou d'« industries liées au droit d'auteur » ont laissé entendre qu'ils accepteraient d'utiliser Internet pour diffuser leurs œuvres ou pour les rendre éventuellement accessibles s'ils pouvaient empêcher ou décourager les activités de copie et de distribution non autorisées, qui se font sans difficulté dans l'environnement de réseaux numériques[1].

La *Loi sur le droit d'auteur* vise à reconnaître, à promouvoir et à protéger l'expression intellectuelle, ainsi qu'à encourager le rayonnement de cette expression et de permettre qu'on y accède. Elle supporte ces objectifs en accordant divers droits (y compris le droit de reproduire des œuvres, le droit de communiquer des œuvres au public par des moyens de télécommunication et le droit d'autoriser ces activités) et exceptions. À prime abord, la communication et la reproduction d'œuvres protégées par le droit d'auteur figurent parmi les principales activités qui se déroulent sur les réseaux. Il s'ensuit que la *Loi sur le droit d'auteur* s'applique à ces transactions par Internet.

Pour leur part, les fournisseurs de service Internet (FSI) ont laissé entendre que leur capacité d'offrir, sur une base concurrentielle, les services et les plates-formes requis pour cette large gamme de contenus dépend de la façon dont les règles de responsabilité influent sur les coûts d'exploitation. Des règles lourdes ou complexes leur imposeraient un désavantage concurrentiel comparativement aux FSI installés ailleurs.

Le rôle du secteur privé

Une réponse proactive des secteurs liés au droit d'auteur est essentielle pour tirer profit des possibilités offertes par l'environnement de réseaux numériques et pour relever les nombreux défis qu'il présente. Certains des défis que soulève la technologie pourraient être réglés de façon adéquate par la technologie, grâce à des arrangements privés entre acteurs sur Internet, par des activités éducatives axées sur le droit d'auteur ou par l'adoption de modèles d'affaires convenant à la situation.

À l'heure actuelle, le secteur privé participe à une initiative gouvernementale visant à rationaliser l'affranchissement des droits d'auteur dans l'environnement numérique, pour mieux promouvoir la reconnaissance et le respect du droit d'auteur ainsi que la présence canadienne dans un monde branché et sans frontière.

---

1 L'expression « industries liées au droit d'auteur » employée par les ministères vise à identifier, par souci de commodité, les entités, les institutions et les particuliers qui participent à des activités créatives au Canada. Les œuvres issues de ces efforts ne devraient pas être vues comme étant le produit d'une « industrie culturelle » particulière. Cette expression a été adoptée sans assimiler la création d'œuvres individuelles à un modèle industriel particulier.

Bien-fondé de la démarche gouvernementale

Le problème auquel sont confrontés les décideurs dans un environnement où la technologie évolue aussi rapidement est de déterminer si, quand, et dans quelle mesure la promotion de contenu en ligne pour et par les Canadiens exige une intervention du gouvernement.

Un certain nombre de parties intéressées par le droit d'auteur ont mentionné que si le Canada veut jouer un rôle important dans l'économie numérique émergente, il lui faut appuyer les efforts actuels par certaines modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* de façon à ce qu'elle demeure pertinente, claire et équitable sur un plan pratique. Certains titulaires de droits ont signalé que les traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de 1996, dont certaines dispositions traitent de l'environnement numérique, offrent une assise pour aborder efficacement les défis de l'ère numérique.

Les ministères veulent s'assurer que les modifications apportées au cadre de politique en matière de droit d'auteur ne gênent pas le développement du plein potentiel d'Internet et des autres plates-formes numériques.

À cet égard, il importe de noter que les différentes industries liées au droit d'auteur ont chacune leur modèle commercial, qui s'est développé de façon distincte; cela signifie, dans un univers branché, que chacune a ses besoins et ses exigences propres, qui n'ont pas tous un lien avec le droit d'auteur. À titre d'exemple, les industries de l'enregistrement sonore et du film, qui détiennent une quantité importante d'oeuvres et où les coûts de développement sont élevés, ont senti le besoin de mettre au point des stratégies basées sur l'adoption de techniques d'encryptage en vue de diffuser ou de rendre accessibles leurs œuvres en ligne. En revanche, l'industrie de la photographie n'est pas soumise aux mêmes exigences commerciales et artistiques.

Il se pourrait donc que des modifications apportées à la *Loi*, à ce stade ci, nuisent involontairement à la présence canadienne si les technologies devaient évoluer selon un cheminement particulier ou imprévisible. En dépit de la nouveauté radicale d'Internet, l'analyse dont s'inspire le présent document part du principe que la *Loi sur le droit d'auteur* a évolué pour devenir un instrument flexible capable de répondre aux nombreux défis que pose l'environnement de réseaux numériques.

En partie suite à leurs échanges avec certaines parties intéressées, les ministères en sont néanmoins venus à la conclusion que le moment était propice pour entreprendre des consultations sur certaines questions qu'il importe d'examiner en temps opportun. Il est, de plus, nécessaire d'étudier ces enjeux pour pleinement réaliser la priorité du gouvernement quant à la promotion de la diffusion de contenus nouveaux et intéressants en ligne, pour et par les Canadiens. Voici, plus précisément, ces enjeux :

- La *Loi* doit-elle être modifiée pour permettre un droit spécifique pour les communications à demande?

- Des mesures législatives sont-elles requises pour décourager le contournement des mesures technologiques utilisées par les titulaires de droits pour protéger leurs intérêts?

- Des mesures législatives sont-elles requises pour décourager l'altération des renseignements sur la gestion des droits?

- Des mesures législatives sont-elles requises pour clarifier la question de la responsabilité des intermédiaires de réseau à l'égard du matériel protégé par le droit d'auteur qui circule sur leur réseaux?

Les ministères attirent aujourd'hui l'attention sur ces questions spécifiques en se basant sur les hypothèses et les postulats généraux suivants :

- Les TIC permettent la reproduction et la communication rapides et essentiellement sans coût de documents, y compris des œuvres protégées par le droit d'auteur, que cela ait été autorisé ou non. Dans cette perspective, les TIC, tout en ouvrant la porte à un marché international beaucoup plus étendu pour le matériel protégé par le droit d'auteur, facilitent aussi la reproduction et la transmission illégales de ces œuvres.

- Certains titulaires de droits considèrent leur capacité de faire respecter leur droit d'auteur, sur une œuvre ou autre objet protégé, considérablement réduite dans l'environnement Internet une fois que ce matériel y est accessible. Contrairement à l'univers analogue, il pourrait y avoir un plus grand nombre de contrevenants sur Internet, lesquels pourraient être plus anonymes et opérer d'un endroit où le droit d'auteur est relativement peu protégé.

- Certains titulaires de droits pourraient être dissuadés de donner accès en ligne à leurs œuvres protégées par le droit d'auteur.

- De nombreux titulaires de droits souhaitent se prévaloir des avantages potentiels de la numérisation de leurs œuvres pour les commercialiser sur les vastes marchés qui leur sont dorénavant accessible grâce à Internet. Ils utilisent ou envisagent d'utiliser des moyens technologiques pour protéger et identifier leurs matériels. Plusieurs titulaires de droits sont prêts à rendre ces matériels disponibles dès maintenant, tandis que d'autres voudraient le faire uniquement s'ils sont en mesure de contrôler quand et comment elles pourront être diffusées; certains, par contre, préféreraient que leurs matériels ne soient aucunement accessibles de cette façon. Une solution possible à

cette situation ressort de certaines dispositions des traités conclus, en 1996, sous les auspices de l'OMPI, notamment celles ayant trait à un « droit de mettre à disposition » et les mesures afférentes à la protection technologique et aux renseignements sur la gestion des droits, qui sont examinées plus en détail ci-dessous.

- Le coût de rendre accessible ou de consulter du matériel protégé par le droit d'auteur est en partie fonction de la disponibilité des services des intermédiaires Internet tels que les FSI. Ainsi, un secteur des FSI concurrentiel au Canada est bénéfique à la fois pour les titulaires de droits et les utilisateurs d'œuvres protégées en garantissant une plate-forme de stockage et de transmission à faible coût. Cela concourt aussi à l'atteinte des objectifs du gouvernement en regard de la diffusion de contenus pour et par les Canadiens.

- Pour une croissance soutenue et concurrentielle du secteur des FSI au Canada, les règles qui encadrent leurs opérations doivent être claires, simples à respecter et équitables, tenant compte du cadre législatif dans lequel les FSI opèrent dans d'autres juridictions.

Au moment de sélectionner ou de proposer des solutions à ces enjeux, les ministères ont pris en considération certaines questions fondamentales et inter reliées, par exemple :

- La *Loi sur le droit d'auteur* a évolué progressivement et traduit un équilibre entre les divers groupes de titulaires de droits, d'intermédiaires et d'utilisateurs :
  - Quels sont les équilibres appropriés dans un environnement de réseaux numériques?
  - L'environnement créé par les nouvelles TIC vient-il rompre ces équilibres? Dans l'affirmatif,
  - Cela entrave-t-il la diffusion légitime de contenus en ligne?
  - Une intervention serait-elle nécessaire pour rétablir ces équilibres, et si oui, laquelle?

- Les défis qui touchent le droit d'auteur menacent-ils vraiment les principes fondamentaux du droit d'auteur ou affectent-ils surtout les modèles commerciaux et les modes de distribution actuels?

- Considérant qu'une intervention législative pourrait nuire à l'émergence de nouveaux modèles de création et modes de diffusion de contenus et compte tenu de la manière et du rythme imprévisible de l'évolution de la technologie, quand serait-il opportun d'intervenir au niveau législatif?

À la lumière des questions qui précèdent, les approches proposées dans le présent document favorisent-elles la création d'un cadre de travail qui permet de promouvoir les objectifs liés à la politique publique canadienne en ce qui concerne le droit d'auteur?

Même si le document traite des questions et enjeux évoqués ci-dessus, il ne constitue pas un énoncé définitif du programme législatif à court terme du gouvernement pour la *Loi sur le droit d'auteur*. Il vise plutôt à déterminer, au moyen d'une consultation, si, à court terme, des modifications ciblées contribueraient à la mise en place d'un cadre efficace pour l'environnement de réseaux numériques. Les résultats du processus de consultation devraient aussi permettre au gouvernement d'avoir une idée claire de la façon dont ces initiatives pourraient promouvoir et servir les intérêts de tous les Canadiens qui participent à l'univers branché.

Les efforts déployés pour brancher le Canada sans délai ont donné la possibilité aux Canadiens de signaler leur présence. Le moment convient d'amorcer un vaste débat en vue de dégager une vision commune de l'importance du cadre politique du droit d'auteur pour promouvoir l'accessibilité de contenus intéressants en ligne. Autrement, l'influence canadienne sur l'Internet et les avantages pour les Canadiens pourraient s'en trouver sensiblement réduits. Les ministères sont intéressés à commencer l'exploration des paramètres d'un cadre politique du droit d'auteur qui englobe une réflexion sur les enjeux du monde numérique.

2. CONTEXTE

2.1 Premières initiatives nationales

Au Canada, le gouvernement fédéral a publiquement reconnu le besoin d'étudier plus à fond les possibilités et les défis associés à l'environnement émergent des réseaux numériques en décembre 1994, lorsque le ministre de l'Industrie de l'époque, l'honorable John Manley, a annoncé la création du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information (CCAI), constitué d'éminents spécialistes des secteurs public et privé. À son tour, le CCAI a créé divers sous-comités et groupes de travail, dont un sous-comité sur le droit d'auteur, pour examiner plus à fond certaines questions particulières. Le CCAI a reconnu que le droit d'auteur constitue un élément fondamental de toute politique et/ou cadre législatif qui orientera le développement de l'autoroute de l'information. En 1995, le CCAI a publié son rapport final, qui s'intitule *Contact, communauté, contenu: le défi de l'autoroute de l'information — Rapport final du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information* (http://strategis.gc.ca/SSGF/ih01070f.html).

Le CCAI a présenté un certain nombre de recommandations touchant au droit d'auteur. L'une de ses conclusions les plus importantes a été la reconnaissance du fait que la *Loi sur le droit d'auteur* s'applique à l'environnement numérique :

> Il y en a encore pour avancer l'idée que toutes les œuvres créées et stockées sur un support numérique devraient jouir d'une protection sui generis. La [recommandation 6.2][2] vise à faire comprendre qu'il n'est ni nécessaire ni approprié de prendre de telles dispositions. [...] La numérisation n'engendre pas nécessairement la création de nouvelles œuvres, mais constitue plutôt une présentation différente de la matière protégée par le droit d'auteur.

Dans sa réponse au rapport du CCAI (présentée dans *La société canadienne à l'ère de l'information : pour entrer de plain-pied dans le XXIe siècle*, publié en1996, http://strategis.gc.ca/SSGF/ih01103f.html), le gouvernement a promis que « les ministres de l'Industrie et du Patrimoine canadien travailleront en étroite collaboration avec les intervenants pour résoudre les questions de droit d'auteur en suspens liées à l'autoroute de l'information et pour déterminer s'il est nécessaire d'apporter d'autres modifications à la loi actuelle. » (p. 14).

Dans le même document, le gouvernement a aussi promis que les ministres créeraient un groupe de travail pour étudier plusieurs questions fondamentales liées à la numérisation du fonds documentaire du gouvernement fédéral, y compris celle liées du droit d'auteur.

Dans son rapport final de décembre 1997, intitulé *Vers une nation axée sur le savoir : l'apport de la numérisation — Recommandations du Groupe de travail fédéral sur la numérisation* (http://www.nlc-bnc.ca/8/3/index-f.html), le Groupe de travail a recommandé au gouvernement fédéral d'adopter une politique et des lignes directrices inspirées de la notion de « guichet unique » pour rationaliser l'octroi de licences des droits. Ces recommandations partaient toutes du principe que le gouvernement devrait agir de façon modèle.

Subséquemment aux travaux du Groupe de travail, plusieurs ministères et organismes fédéraux ont entrepris d'élaborer un cadre d'octroi de licences facile à employer pour rendre accessibles en ligne, sous forme numérique, tous les types de fonds d'information documentaire du gouvernement, y compris les œuvres d'art, les artefacts et les travaux scientifiques. Dans son rapport final, le Groupe de travail a mis de l'avant la vision et le rôle du gouvernement comme utilisateur modèle pour l'accès en ligne à cette mine d'information : « ... Du même souffle, la diffusion d'information numérique offre au

---

2 La recommandation 6.2 stipule ce qui suit :

> « Les catégories d'œuvres que contient actuellement la *Loi sur le droit d'auteur* définissent suffisamment bien les œuvres produites et utilisées dans un contexte numérique et il n'y a lieu ni de les amender ni de les éliminer » (p. 115)

gouvernement de nouveaux outils lui permettant de poursuivre ses objectifs en matière de politiques culturelles, sociales et économiques. Non seulement favorise-t-elle l'accès au fait canadien ainsi qu'une meilleure connaissance de celui-ci, mais elle suscite également de nombreuses possibilités d'innovation, de production de richesses et de création d'emplois au sein des industries du contenu canadien et du multimédia. »

Cet énoncé offre une vision utile du potentiel que renferme la plate-forme numérique pour l'ensemble des Canadiens.

Par ailleurs, le gouvernement mène régulièrement des consultations auprès des parties intéressées au moyen de tables rondes et d'autres forums de discussion, dont la Table ronde sur l'octroi de licences pour les droits électroniques. Ces rencontres ont instauré un climat de coopération constructive où sont discutées diverses questions liées au droit d'auteur.

Il faut noter que le gouvernement a déjà donné suite à certaines recommandations du CCAI. À titre d'exemple, suite aux modifications apportées dans le cadre de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, S.C. 1997, c.C-24 (Projet de loi C-32), la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit maintenant des « dommages-intérêts préétablis » pour les violations de droits d'auteur, conformément à la recommandation 6.3(c) du CCAI[3].

2.2 Initiatives internationales

Les effets de la technologie numérique ont déjà commencé à être traité au niveau du cadre international régissant le droit d'auteur. En effet, les nations participent, à différentes instances internationales, à des discussions de ces questions dans une perspective mondiale.

Les accords conclus, par exemple l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, de l'Organisation mondiale du commerce (ADPIC-OMC), ont aussi leur importance. Ces accords figurent parmi les premiers accords commerciaux régionaux et multilatéraux, respectivement, à reconnaître formellement les logiciels dans le contexte du droit d'auteur. Aux fins du droit d'auteur, les logiciels sont considérés comme des œuvres littéraires.

Cependant, ces accords ont été négociés avant que la nouvelle génération de TIC ait pénétré suffisamment le marché de la consommation pour constituer un moyen raisonnablement efficace pour échanger plus que du texte et des graphiques simples. Même aujourd'hui, le temps requis pour transmettre les volumineux fichiers associés notamment aux œuvres

3 « Rec. 6.3(c) Protection du droit d'auteur en général : Il conviendrait d'adopter des dispositions de dommages légaux, inspirées du modèle américain. » (p. 114)

cinématographiques demeure assez long, même s'il diminue rapidement. En conséquence, ces accords renferment peu de dispositions traitant explicitement de l'environnement de réseaux numériques.

La protection que confère le droit d'auteur à une œuvre peut parfois être déjouée par des actes, menés hors du pays d'origine, qui ne sont pas autorisés par la loi. La communauté internationale a tenté de résoudre ce problème par un système de traités qui, essentiellement, accordent le traitement national aux résidants des États membres. Cette internationalisation du droit d'auteur signifie que les titulaires de droits canadiens peuvent faire reconnaître leur droit d'auteur dans les pays correspondant aux marchés les plus importants à l'extérieur du Canada.

Le besoin d'en arriver à un certain degré d'internationalisation du droit d'auteur se fait sentir avec une acuité particulière dans le contexte des réseaux numériques. Pour l'essentiel, Internet fait fi des frontières nationales et rejoint la plupart des communautés dans le monde desservies par la téléphonie. Rapidement, les systèmes de distribution sans fil, tels les systèmes de transmission par satellite, font en sorte que les œuvres présentées sous forme numérique sont facilement diffusées dans les coins les plus reculés du globe. Cela contribue à accroître l'accessibilité et la valeur d'une œuvre, tout en exposant celle-ci au risque que le droit qui lui est associé ne soit pas respecté. Les recours possibles sont sensiblement affaiblis si les nouvelles mesures de protection destinées aux Canadiens ne sont pas reconnues à l'étranger.

Néanmoins, à la fin des années 80, l'OMPI a commencé à examiner certaines des répercussions de l'émergence des TIC sur le droit d'auteur. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), conclus en décembre 1996, traduisent les efforts de l'organisme sur ce plan. Ces traités abordent de nombreuses questions liées au droit d'auteur et aux droits connexes, et renferment des dispositions spéciales visant à répondre aux défis posés par les technologies de réseaux dans le domaine du droit d'auteur. Le Canada a participé à l'ensemble des travaux préparatoires et a joué un rôle de premier plan lors de la Conférence diplomatique de décembre 1996.

Les États-Unis ont mis en application les deux traités de l'OMPI avec l'adoption, en 1998, de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA); ce pays a par ailleurs déposé ses instruments d'adhésion auprès de l'OMPI en septembre 1999. La mise en œuvre de ces traités dans l'Union européenne (UE) est coordonnée par l'entremise de la Directive de l'UE sur le droit d'auteur et les droits connexes dans la société d'information (ci-après, la « Directive sur le droit d'auteur »). La Directive sur le droit d'auteur a été adoptée par le Conseil des ministres de l'UE le 9 avril 2001. La Directive doit être mise en application par les États membres dans leurs lois nationales, et ce, dans un délai de dix-huit mois suivant sa publication dans le

Journal officiel de l'UE. Les traités de l'OMPI prendront force de loi lorsque 30 instruments d'accession ou de ratification auront été déposés. La liste des pays qui ont adhéré à ces traités peut être consultée sur le site Web de l'OMPI (http://www.wipo.int/index.html.fr).

2.3 Les traités de l'OMPI – le contexte national

Le WCT et le WPPT ont été conclus peu après que le gouvernement fédéral eut publié sa réponse aux recommandations du CCAI. Le mandat du CCAI fut toutefois prolongé pour lui permettre de suivre les progrès accomplis par le gouvernement dans la mise en œuvre de ses recommandations. Dans le rapport qu'il a publié en 1997 (*Préparer le Canada au monde numérique : rapport final du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information*, 1997, p. 20, http://strategis.gc.ca/SSGF/ih01650f.html), le CCAI recommandait que « le gouvernement du Canada agisse rapidement pour donner suite aux Traités de 1996 sur le droit d'auteur et les interprétations et exécutions et phonogrammes, de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ».

Par cette recommandation, le CCAI reconnaissait l'orientation utile émanant du WCT et du WPPT en vue de l'établissement de normes de protection du droit d'auteur susceptibles de maintenir l'intégrité et les objectifs du régime de droit d'auteur dans l'environnement de réseaux numériques. Comme première étape vers l'adoption de cette recommandation, le Canada est devenu signataire des deux traités en décembre 1997. La signature des traités témoigne de l'engagement du Canada envers les principes qu'ils représentent. Cependant, à moins de ratifier ces traités, le Canada n'est pas lié par les obligations qu'ils renferment.

La ratification des traités n'est possible qu'une fois que la législation canadienne sur le droit d'auteur sera conforme aux dispositions de ces instruments. Afin de donner suite au rapport d'étape du CCAI, les ministères ont retenu les services de deux spécialistes canadiens du droit d'auteur (ci-après, les « spécialistes-consultants ») provenant du secteur privé, à qui ils ont demandé d'émettre une opinion sur les modifications requises à la *Loi sur le droit d'auteur* advenant que le Canada décide de ratifier les deux traités. Leurs rapports ont été publiés sur Internet en juillet 1998 et ont fait l'objet de consultations auprès des intéressés durant l'été de 1998 (http://strategis.gc.ca/SSGF/ip01037f.html et http://www.pch.gc.ca/culture/cult_ind/wctppt_f.htm). Ces rapports suggèrent que même si certaines modifications sont requises pour se conformer aux exigences des nouveaux traités, la *Loi* établit déjà un cadre de protection du droit d'auteur qui respecte plusieurs des dispositions de ces traités et qui est à jour comparativement aux législations du droit d'auteur de nombreux pays.

Bien que plusieurs parties intéressées soient d'accord avec les modifications retenues par les spécialistes-consultants et invité le gouvernement à procéder à la ratification et à la mise en oeuvre des traités, d'autres ont demandé la poursuite du dialogue afin d'avoir la possibilité d'explorer plus à fond les conséquences d'une telle initiative. En autre, de nombreux

intéressés craignent que la simple mise en application de ces traités ne prennent pas en compte les besoins des institutions qui utilisent des matériels protégés par le droit d'auteur, en conformité avec d'autres importants objectifs de la politique gouvernementale. D'autres étaient d'avis qu'il faut évaluer et clarifier les répercussions des droits existants et proposés en matière de droit d'auteur sur la responsabilité éventuelle des intermédiaires Internet, comme les fournisseurs de service Internet (FSI). De fait, devant l'évolution de la technologie et les conséquences des mesures législatives adoptées ailleurs, certains intervenants sont, depuis, revenus présenter aux ministères de nouvelles préoccupations quant aux conséquences d'une mise en application trop hâtive.

2.4 La responsabilité des fournisseurs de service Internet (FSI)

Les intermédiaires Internet ont exprimé de nombreuses inquiétudes concernant leur responsabilité potentielle quant à la présence de contenu offensant ou illégal circulant sur leur réseau. Un contenu peut être offensant ou illégal pour de nombreuses raisons. À titre d'exemple, il peut susciter la haine envers certains segments de la société, être diffamatoire ou contrevenir à la *Loi sur le droit d'auteur* ou celle sur les marques de commerce.

Une importante initiative prise par les ministères pour tenter d'éclairer la question de la responsabilité a été de commanditer une étude sur la responsabilité éventuelle des intermédiaires Internet pour les contenus illégaux ou offensant. Publiée en mars 1997, l'étude prenait explicitement en considération l'application de la *Loi sur les marques de commerce* et de la *Loi sur le droit d'auteur* aux intermédiaires. (*L'espace cybernétique n'est pas une terre sans loi : étude des questions relatives à la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur Internet*, accessible sur le site http://strategis.gc.ca/SSGF/sf03117f.html).

Un autre événement important a, depuis, contribué à jeter un peu de lumière sur les questions de responsabilité à l'égard du droit d'auteur. Le 27 octobre 1999, la Commission du droit d'auteur a rendu sa décision à l'effet qu'elle irait de l'avant avec le processus d'homologation du projet de *Tarif 22* (le soi-disant « tarif Internet »). En 1995, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) avait déposé un projet de tarif (Tarif 22), dans lequel les FSI seraient appelés à verser des redevances pour la communication des œuvres musicales figurant dans le répertoire de la SOCAN sur les réseaux numériques tel Internet. Dans sa décision publiée en octobre 1999, la Commission a établi qu'elle avait juridiction pour homologuer un tel tarif. La décision fait présentement l'objet d'une révision judiciaire devant la Cour d'appel fédérale. Pour plus d'information, consultez le site Web de la Commission du droit d'auteur (http://www.cb-cda.gc.ca/indexf.html).

3. PROMOUVOIR LA DIFFUSION DE CONTENUS NUMÉRIQUES POUR ET PAR LES CANADIENS – PRINCIPES FONDAMENTAUX

Les efforts déployés par le gouvernement pour bâtir une société et une économie du savoir sont, en partie, axés sur la promotion de la capacité de produire et de diffuser les œuvres créatives des Canadiens. La valeur de cette initiative repose, en grande partie, sur ce « contenu ». Plus précisément, l'objectif premier de l'analyse et des propositions énoncées dans le présent document est la promotion du programme, *Un Canada branché*, par la création d'un cadre politique du droit d'auteur propice à la diffusion de nouveaux contenus numériques en ligne pour et par les Canadiens. Un cadre politique du droit d'auteur concourant à cet objectif aidera à enrichir la vie culturelle des Canadiens et à accroître la valeur de la participation du Canada à l'économie des réseaux en accroissant la diversité du contenu offert, et d'une manière plus importante, en élargissant la gamme de contenus produits par les segments créatifs de la communauté canadienne.

Cependant, on ne pourra atteindre pleinement cet objectif qu'en reconnaissant et qu'en appliquant effectivement un ensemble de principes fondamentaux.

- **Le cadre politique doit promouvoir les valeurs canadiennes**

Le gouvernement s'est engagé à établir un cadre politique qui facilitera aux Canadiens l'utilisation de l'environnement numérique pour qu'ils puissent communiquer entre eux et avec le monde. Ce faisant, il importe de continuer à promouvoir les valeurs qui définissent notre société.

- **Le cadre politique doit être clair et permettre un accès et un usage faciles et transparents**

La nécessité de réagir à l'évolution constante de la technologie au cours du dernier siècle a accru le niveau de complexité et de détail des régimes de droit d'auteur dans le monde, y compris celui de la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada. Néanmoins, les parties intéressées ont affirmé que les différences d'opinions et les malentendus sur la portée de certains droits et exceptions étaient à l'origine de certains cas de violation. De même, des règles imprécises peuvent avoir un effet paralysant sur l'utilisation légale d'œuvres selon les termes de la législation sur le droit d'auteur. Notre objectif est de dissiper toute confusion au sujet des paramètres qui définissent les utilisations légales d'œuvres en ligne, pour tous les Canadiens.

- **Les propositions devraient favoriser un commerce électronique dynamique et concurrentiel au Canada**

Un autre aspect important a trait aux choix de politiques entourant des questions que l'on aborde pour la première fois. La politique canadienne en matière de droit d'auteur constitue un important instrument de soutien de la compétitivité des entreprises canadiennes qui font des affaires par voie électronique et elle devrait promouvoir tout particulièrement les industries qui offrent les meilleures possibilités pour le Canada. La politique du gouvernement devrait favoriser l'émergence des conditions qui mettront les acteurs canadiens sur un pied d'égalité avec leurs concurrents étrangers. À cet égard, les ministères reconnaissent qu'outre les secteurs liés au droit d'auteur, le secteur canadien des intermédiaires Internet est particulièrement touché par nos choix de politiques.

Devenir un acteur concurrentiel dans l'économie numérique exige de veiller à ce que le cadre politique du droit d'auteur soit constamment au diapason des réalités mondiales. Le corollaire de ce principe est que les propositions de politique n'embrassent pas toutes les questions qui se posent dans un environnement de réseaux numériques. En tentant de régler d'un seul coup toutes ces questions, le Canada pourrait laisser s'échapper une importante occasion.

- **Le cadre politique doit s'insérer dans un contexte mondial**

D'autres pays ont élaboré ou sont en voie d'élaborer une stratégie nationale face à l'environnement de réseaux numériques. Ces stratégies ne sont pas toutes semblables ni érigées sur des bases identiques. La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada a acquis sa forme actuelle en réponse aux pressions et aux enjeux particuliers qui sont apparus, dont certains sont propres au Canada.

Pour l'essentiel, Internet fait fi des frontières nationales et rejoint la plupart des communautés desservies par la téléphonie dans le monde. Rapidement, les systèmes de distribution sans fil, tels les systèmes de transmission par satellite, font en sorte que les œuvres qui se présentent sous forme numérique soient facilement diffusées dans les coins les plus reculés du globe. Cela contribue à accroître la valeur potentielle d'une œuvre, mais en exposant celle-ci à un risque de violation de la loi hors de son pays d'origine.

La communauté internationale a tenté de résoudre ce problème par un système de traités. Pour l'essentiel, ce système de traités accorde le traitement national aux résidants des États membres. Cette internationalisation du droit d'auteur a profité aux titulaires de droits canadiens en garantissant la reconnaissance de leurs droits d'auteur dans les marchés les plus importants à l'extérieur du Canada.

Cependant, un régime unique de protection du droit d'auteur à l'échelle mondiale pourrait ne pas constituer un objectif pratique. Le défi, pour les ministères, est d'élaborer des politiques en matière de droit d'auteur qui respectent et appuient les normes de protection internationales tout en continuant à promouvoir les priorités, les valeurs et les choix canadiens.

Les dispositions du WCT et du WPPT qui visent expressément les défis soulevés par l'environnement de réseaux numériques semblent traduire des principes acceptés au niveau international et pourraient éventuellement représenter la norme internationale. Par ailleurs, ces traités offrent une souplesse considérable au chapitre de la mise en œuvre.

Certaines parties intéressées ont exprimé une forte préoccupation devant la possibilité que la non-ratification de ces traités limite considérablement l'utilité des nouvelles mesures de protection centrées sur l'environnement de réseaux numériques. Les ministères comprennent cette préoccupation et reconnaissent l'importance d'obtenir la reconnaissance la plus large possible pour toute nouvelle mesure de protection pour les Canadiens.

En définitive, dans la perspective d'un cadre mondial de commerce électronique, les questions les plus épineuses pour les gouvernements pourraient être celles que font surgir les conflits de loi. Ainsi, dans l'éventualité d'un différend opposant des acteurs de différentes nationalités, quels tribunaux nationaux auraient juridiction sur le différend, quelles règles de droit d'auteur devraient s'appliquer et comment les plaignants pourraient-ils faire appliquer les jugements rendus au-delà de la juridiction territoriale de la cour qui a tranché le litige? On ne pourra parvenir à une compréhension commune des critères de règlement des différends que par un dialogue international. Ce n'est qu'aujourd'hui que l'on reconnaît toute l'importance de cette question sur le plan international et des travaux ont été entrepris, sous l'égide de l'OMPI, pour examiner les conséquences de la protection de la propriété intellectuelle. Le Canada participera à cette initiative.

- **Le cadre politique devrait, autant que possible, être neutre sur le plan technologique**

L'évolution de la technologie au cours de la dernière décennie a entraîné une croissance spectaculaire de la vitesse à laquelle l'information peut être transmise sur les réseaux numériques. Au moment où ces lignes étaient écrites, la téléphonie demeurait la principale méthode pour transmettre cette information, mais leur prépondérance pourrait être menacée par le câble coaxial et les autres moyens de communication à bande encore plus large, comme la fibre optique ou même les systèmes de communication sans fil basés sur la technologie des micro-ondes et celle des satellites. Ces progrès illustrent bien comment l'innovation au niveau des TIC a rapidement modifié la nature et la qualité du matériel et des services disponibles dans l'environnement de réseaux. Ils montrent aussi l'importance

d'adopter des lois qui établissent des principes neutres sur le plan technologique, plutôt que des lois visant à réagir à des défis technologiques particuliers.

4. PROPOSITIONS

4.1 Mise à la disposition

Certains titulaires de droits ont demandé le droit de déterminer si, et dans quelles circonstances, leurs œuvres peuvent être rendues disponibles sur des réseaux tels qu'Internet. Cette section renferme un examen des questions pertinentes à l'inclusion d'un « droit de mise à disposition » dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Contexte

L'avènement des TIC et de leurs nombreuses applications pose de nouveaux défis de taille à la politique du droit d'auteur au Canada et ailleurs dans le monde. La représentation des œuvres en format binaire, c'est-à-dire sous la forme de 1 et de 0, a ouvert la possibilité de produire facilement des copies, sans perte de qualité par rapport à l'original. Les réseaux tel Internet permettent à tout usager de mettre facilement des œuvres à la disposition d'un auditoire mondial. Du même coup, chaque usager peut avoir accès à un nombre phénoménal d'œuvres en ligne, dans le confort de leur foyer. Ainsi, les TIC ont inauguré de nouvelles façons de mettre vraiment les Canadiens en rapport les uns avec les autres et avec le reste du monde, tout en offrant de nouvelles possibilités aux titulaires de droits pour rejoindre un plus grand nombre d'utilisateurs.

Mais du même coup, les TIC représentent une menace potentielle parce qu'elles facilitent la reproduction et la diffusion à grande échelle d'œuvres sans le consentement du titulaire des droits. Certains titulaires de droits craignent qu'une fois que leurs œuvres, interprétations ou enregistrements sonores seront accessibles sur Internet, c'est-à-dire qu'ils auront été téléchargés sur un site Web, les moyens dont ils disposent pour empêcher toute diffusion non autorisée s'en trouvent fortement affaiblis. Ils considèrent par conséquent qu'il est essentiel qu'ils puissent avoir le droit d'autoriser la diffusion de leurs œuvres ou tout objet protégé dans l'environnement de réseaux.

À l'heure actuelle, la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada accorde, aux auteurs et à leurs ayants droit, le droit de déterminer quand leurs œuvres seront communiquées pour la première fois au public et, par la suite, dans quelle mesure des copies supplémentaires de leurs œuvres entreront sur le marché. Pour les œuvres fixées sur un support matériel, par exemple les livres et les CD, ce contrôle s'articule essentiellement autour de la *première* publication et des droits de reproduction énoncés à l'article 3 de la *Loi*. Pour les œuvres non

fixées sur un support matériel (par exemple, les copies numériques transmises en ligne), le contrôle repose sur le droit de reproduction et le droit d'autoriser les communications.

Les droits qu'accorde actuellement la *Loi sur le droit d'auteur* aux interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores découlent des modifications de fond apportées dans le cadre de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* (Projet de loi C-32), adoptée en avril 1997. L'article 19 de la *Loi* confère maintenant à ces titulaires de droits un droit de rémunération pour les communications au public et l'exécution en public de leurs objets protégés. L'article 18 de la *Loi* accorde aux producteurs d'enregistrements sonores des droits de première publication et de reproduction semblables à ceux que possèdent les titulaires de droit d'auteur. Les interprètes ont le droit de :
- déterminer si leurs interprétations pourront ou non être fixées;
- reproduire toute fixation de leurs interprétations faite sans leur consentement;
- reproduire toute copie d'une fixation non autorisée si cette copie a été faite à des fins qui débordent du cadre de leur autorisation.

Les interprètes ont aussi le droit de déterminer si leurs interprétations en ligne seront communiquées au public par un moyen de télécommunication. Ces droits sont essentiellement établis à l'article 15 de la *Loi*.

La notion spécifique d'un droit de « mise à disposition » est apparue durant les négociations ayant abouti à la conclusion du WCT et du WPPT en 1996. Avant les négociations, des préoccupations quant au fait que certaines catégories d'œuvres ne soient pas couvertes par le droit de communication prévu dans la *Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques* (la « Convention de Berne ») (http://www.wipo.int/treaties/ip/berne/index-fr.html) ont été exprimées. Par exemple, la Convention de Berne ne s'applique pas à la transmission par fil d'œuvres littéraires, y compris les programmes d'ordinateur et les œuvres visuelles[4].

Une autre préoccupation portait sur les communications « à demande ». Un service à demande permet au consommateur d'avoir accès et de télécharger des œuvres (textes,

---

4 Les notes afférentes à l'article 8 accompagnant la proposition de 1996 décrivent bien la situation :

> Il est devenu évident que les obligations pertinentes doivent être clarifiées et que les droits actuellement prévus dans la Convention de Berne doivent être complétés en élargissant le champ d'application du droit de communication au public pour qu'il englobe toutes les catégories d'œuvres. [...] Le droit de communication ne s'applique pas à l'heure actuelle aux œuvres littéraires, sauf dans le cas d'une lecture à haute voix de ces œuvres. Les œuvres littéraires, y compris les programmes d'ordinateurs, sont actuellement l'un des principaux contenus communiqués sur les réseaux. Parmi les autres catégories d'œuvres qui ne sont pas visées par le droit de communication, mentionnons notamment les œuvres photographiques, les œuvres graphiques et les œuvres d'art picturales.

musique, photographies, vidéo) du service auquel il est abonné, au moment et à l'endroit de son choix. Durant les négociations, un consensus est apparu sur l'opportunité de compléter les dispositions actuelles en comblant les lacunes perçues de la Convention de Berne et de la Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organisations de radiodiffusion (la « Convention de Rome ») (http://www.wipo.int/treaties/ip/rome/index-fr.html).

En conséquence, le WCT étend à toutes les catégories d'œuvres le droit exclusif traditionnel des auteurs de communiquer au public. En outre, le WCT prévoit explicitement que le droit de communication au public englobe le droit de mettre des œuvres à la disposition du public, d'une manière telle que les membres du public peuvent accéder à ces œuvres d'un endroit et au moment choisis par eux individuellement. Le droit de communication est précisé à l'article 8 du WCT :

Article 8

> **Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11bis.1)1°) et 2°), 11ter.1)2°), 14.1)2°) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.**

Par contre, le WPPT crée, à l'intention des interprètes et des producteurs de phonogrammes, des droits exclusifs distincts de mise à disposition, qui sont énoncés aux articles 10 et 14 (respectivement) :

Article 10

> **Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.**

Article 14

> **Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.**

Il est important de noter que l'utilisation des termes « mise à la disposition » dans ces traités ne signifie pas que les mêmes termes doivent être repris dans toutes les législations nationales.

Juridictions étrangères

De fait, aux États-Unis et au Japon, les auteurs, les interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores bénéficient, dans certains cas, d'un droit de mise à disposition qui leur est conféré par l'entremise de certains droits connexes au droit d'auteur, tel le droit de transmission. En Europe, la Directive de l'UE sur le droit d'auteur oblige les États membres à modifier leur législation sur le droit d'auteur pour qu'elle renferme une telle disposition. En Australie, un amendement à la *Copyright Act* (*Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill*) a été adopté par le Parlement. Cet amendement, qui est entré en vigueur au printemps 2001, a introduit un nouveau droit, neutre sur le plan technologique, de communiquer des œuvres littéraires, dramatiques et musicales au public, incluant explicitement la « mise à disposition » de ces œuvres en ligne.

4.1.1 Les auteurs et leurs successeurs

Dans leurs rapports de 1998, les spécialistes-consultants ont affirmé que le droit de communication qui figure dans la *Loi sur le droit d'auteur* et le droit d'autorisation connexe avaient une portée suffisamment grande pour englober le droit de « mise à disposition » accordé aux auteurs et à leurs successeurs.

Pour ce qui est de l'interprétation de l'expression « au public », les ministères notent l'opinion du Sous-comité du droit d'auteur du CCAI, selon lequel cette expression englobe des services tels que les « babillards » informatiques que les abonnés peuvent consulter individuellement pour télécharger des œuvres qu'ils examineront à loisir. Cependant, le Sous-comité a précisé dans son rapport, intitulé *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information : Rapport final du Sous-comité sur le droit d'auteur* (http://strategis.gc.ca/SSGF/ih01092f.html), que la jurisprudence n'avait pas expressément abordé cette question et que l'on devrait solutionner, par des modifications appropriées à la *Loi sur le droit d'auteur*, toute limitation possible de cette notion découlant d'une interprétation judiciaire (p. 11).

Les ministères partagent l'opinion des spécialistes-consultants, qui jugent que le libellé actuel de la *Loi* reconnaît un droit de communication à demande. À cet égard, dans la décision rendue sur le *Tarif 22*, la Commission du droit d'auteur est arrivée à la conclusion que le droit d'autoriser la communication d'une œuvre au public par un moyen de télécommunication englobait un droit de communication à demande. Les ministères partagent aussi l'interprétation de l'expression « au public » retenue par le CCAI. Étant donné l'absence d'interprétation judiciaire limitant cette notion, il n'est pas nécessaire de modifier la *Loi*. Par conséquent, les ministères ne proposent, à ce stade, aucune modification à la *Loi sur le droit d'auteur* à cet égard.

4.1.2 Les interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores

Contrairement à la situation qui prévaut pour les auteurs, la *Loi* n'accorde pas aux interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores le droit exclusif de mettre une interprétation particulière ou un enregistrement de cette interprétation à la disposition du public sur demande. Les spécialistes-consultants ont exprimé l'avis qu'une modification à la *Loi* serait requise si le Canada décidait d'accorder un « droit de mise à disposition » aux interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores qui serait conforme aux articles 10 et 14 du WPPT.

En raison des défis particuliers posés par l'environnement de réseaux pour l'ensemble des titulaires de droits, certaines parties intéressées des secteurs de l'interprétation et de l'enregistrement sonore ont demandé aux ministères d'élaborer un amendement à la *Loi* qui comprendrait explicitement un droit de mise à disposition pour leurs secteurs, conforme aux articles 10 et 14 du WPPT. Tel qu'indiqué précédemment, ces parties intéressées affirment qu'un tel droit leur permettrait de négocier, au même titre que les auteurs et leurs ayants droit, des conditions d'utilisation appropriées, de décider eux-mêmes de la meilleure façon de tirer avantage de leurs objets protégés et d'atténuer toute possibilité de violation du droit d'auteur.

Certaines parties intéressées aimeraient que le gouvernement aille plus loin, affirmant qu'une protection se limitant à la prévention des communications à demande, par exemple la possibilité de rendre des œuvres accessibles sur les sites de réseaux, ne tient pas compte du volume actuel et projeté de transmission en continu de musique en temps réel et des autres formes d'œuvres circulant sur Internet. Ces parties demandent au gouvernement d'aller au-delà des exigences minimales du WPPT en étendant la portée du droit de mise à disposition à ces activités.

Par ailleurs, les titulaires de droits d'auteur sur des œuvres musicales ont soutenu qu'avant d'accorder un tel droit aux interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores, les ministères devraient étudier les aspects pratiques de son application. Certains craignent que le fait d'avoir trois droits exclusifs distincts pourrait restreindre indûment l'exploitation des interprétations d'œuvres enregistrées ou leur diffusion sur Internet. Ces parties intéressées ont exprimé la crainte qu'un titulaire de droit puisse, à lui seul, limiter la distribution, même si les deux autres titulaires de droits souhaitaient la promouvoir.

Propositions

Dans ce contexte, les ministères proposent de poursuivre le dialogue sur le bien fondé d'introduire un droit de mise à disposition.

Une telle proposition pourrait comprendre les éléments suivants : les interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores obtiendraient un droit exclusif d'autoriser la communication à demande ou l'exécution en public d'un enregistrement sonore protégé par la *Loi*. Aux fins de cette nouvelle disposition, une « communication [ou interprétation] à demande » consisterait en une communication ou une interprétation d'un enregistrement particulier qui pourrait être activée par le destinataire au moment de son choix, de telle manière que la communication ou l'interprétation de l'enregistrement suivrait l'intervalle de temps requis pour que soit complété le processus de transmission.

La proposition serait rédigée conformément aux exigences du WPPT, mais elle n'engloberait pas les activités de transmission en continu, sauf celles à demande. En ce qui a trait à la transmission en continu à demande, les ministères notent que la *Loi* prévoit déjà un droit de rémunération pour les interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores lorsqu'il y a communication de leurs œuvres en temps réel. Dans la décision qu'elle a rendue sur le Tarif 22, la Commission du droit d'auteur a reconnu que la communication par Internet pouvait être une communication au public par un moyen de télécommunication .

1. Comment un droit à la « communication à demande » toucherait-il l'équilibre entre les différents intérêts liés au droit d'auteur?

2. Dans quelles mesures un tel droit devrait-il faire l'objet de restrictions ou d'exceptions?

3. À quels égards les droits existants, par exemple, le droit de reproduction, n'offrent-ils pas une mesure de contrôle qui est comparable à celle d'un droit à la communication à demande?

4.2 Protection juridique des mesures technologiques

De plus en plus, diverses technologies sont disponibles pour faire échec à la contravention en ligne de la loi sur le droit d'auteur. De nombreux titulaires de droits ont indiqué que l'adoption de ces mesures de protection (par exemple, le chiffrement) constitue un élément clé de leur stratégie de diffusion de leurs œuvres dans l'environnement de réseaux. La question qui se pose est de savoir si, et dans quelles circonstances, la législation sur le droit d'auteur devrait prévoir des sanctions contre les personnes qui s'adonnent à des activités visant à contourner ces mesures de protection.

Contexte

Dans l'univers des réseaux numériques, le recours à différentes technologies (appelées dans le présent document « mesures technologiques ») permettant de garder le contrôle sur le matériel accessible en ligne pourrait devenir de plus en plus courant. Ces mesures permettent d'appliquer divers degrés de contrôle : restrictions de l'accès à l'aide de mots de passe, mesures de confirmation telles que les signatures et filigranes, en allant jusqu'aux mesures de contrôle complètes comme le chiffrement. Certaines parties intéressées considèrent les mesures technologiques comme un ensemble importante d'outils pour les titulaires de droits d'auteur afin de prévenir l'utilisation non autorisée de leurs objets protégés par le droit d'auteur et conserver la possibilité de négocier les conditions d'une diffusion future de ce matériel.

Il est peu probable que des mesures à toute épreuve soient possibles techniquement. Cependant, les progrès de la technologie continueront d'accroître l'efficacité des mesures de protection. À cet égard, les ministères encouragent le secteur privé à élaborer, pour ces mesures, des normes qui contribueront à faire évoluer l'environnement de réseaux vers un nouveau cadre de marché pour les secteurs liés au droit d'auteur. Avec le temps, l'éventail des mesures technologiques disponibles s'étendra vraisemblablement de celles qui protègent le droit d'auteur en prévenant l'utilisation non autorisée jusqu'aux systèmes complets d'accès qui intégreront des techniques de filigrane et des systèmes de gestion électronique des droits.

Cependant, certains continuent de craindre que lorsqu'une mesure technologique aura été déjouée, ils auront effectivement perdu le contrôle sur la diffusion et l'utilisation autorisées des œuvres dans l'environnement de réseaux. Puisque même les mesures technologiques les plus sophistiquées sont vulnérables aux tentatives de contournement, les responsables des politiques doivent se demander s'il serait opportun de prévoir un recours contre ceux et celles qui déjoueraient ou qui aideraient à déjouer ces mesures.

En procédant à cette analyse, il est utile de passer en revue la situation de ces mesures. La *Loi sur le droit d'auteur* protège déjà les titulaires de droits contre les utilisations non autorisées, tandis que les mesures technologiques utilisées, par ces derniers, pour faire respecter leurs droits représentent un niveau supplémentaire de protection de leurs œuvres. Tout projet de dispositions législatives visant à protéger les mesures technologiques elles-mêmes viendrait, de fait, ajouter un troisième niveau de protection, même s'il ne vise pas directement les œuvres mais plutôt les mesures technologiques connexes. Dans certaines juridictions, les dispositions juridiques protégeant les mesures de protection technologiques vont au-delà du droit d'auteur et englobent des restrictions à l'accès ainsi qu'à la fabrication et à la distribution d'appareils de contournement. En d'autres termes, la reconnaissance juridique des mesures technologiques étend les limites traditionnelles de la *Loi sur le droit d'auteur* pour englober de nouveaux niveaux de protection. Certains se demandent si la *Loi sur le*

droit d'auteur est l'instrument approprié pour légiférer sur des mesures de protection qui, à prime abord, sont étrangères aux principes du droit d'auteur.

Évolution de la situation internationale

Les traités de l'OMPI de 1996 proposent un cadre modèle de reconnaissance législative des mesures technologiques, soit à l'article 11 du WTC et à l'article 18 du WPPT, énoncent ce qui suit :

Article 11

> **Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.**

Article 18

> **Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs interprétations ou exécutions ou de leurs phonogrammes, d'actes qui ne sont pas autorisés par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes concernés ou permis par la loi.**

Juridictions étrangères

Les solutions adoptées ou proposées dans d'autres pays ont suscité un débat sur la façon dont ces articles devraient être mis en application afin d'assurer une protection significative contre le piratage, tout en continuant à respecter l'esprit des politiques et des objectifs plus large de la législation sur le droit d'auteur. De façon générale, les mesures législatives adoptées ou que l'on se propose d'adopter à l'étranger mettent l'accent sur deux catégories d'activités : l'acte de contourner une mesure de protection technologique et la création ou le commerce d'appareils (« appareils de contournement ») pouvant être utilisés pour défier des mesures technologiques. En ce qui a trait à la première catégorie, on établit parfois une distinction entre les actes qui constituent une violation du droit d'auteur et ceux qui permettent l'accès non autorisé à des œuvres protégées.

Aux États-Unis, les dispositions de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) qui servent à appliquer les articles 11 et 18 précédemment cités visent non seulement les actes de contournement des mesures de protection technologiques aux fins d'obtenir l'accès non

autorisé à des œuvres, mais elles interdisent expressément (sous réserve de certaines exceptions) la fabrication et la distribution d'appareils et la vente de services (de contournement) destinés à déjouer ces mesures. La Directive de l'UE renferme une interdiction semblable qui vise à la fois les actes individuels de contournement ainsi que la fabrication et le commerce d'appareils destinés principalement à déjouer des mesures de protection.

Dans les débats entourant l'adoption de politiques relatives aux mesures anti-contournement, dans l'Union européenne comme aux États-Unis, les autorités ont dû tenir compte d'un certain nombre de questions liées à l'utilisation de ces technologies. Ainsi, l'interdiction des appareils et des services de contournement pourrait modifier les contours traditionnels de la protection du droit d'auteur, où l'accent est mis sur l'équilibre entre les droits des créateurs et les intérêts des utilisateurs. Notamment, l'interdiction pourrait éventuellement bloquer toute forme d'accès et d'utilisation, qu'elle constitue ou non une violation du droit d'auteur. En commentant ce résultat, on utilise parfois la métaphore du « tiroir verrouillé », où il est toujours nécessaire d'obtenir du détenteur de la clé l'autorisation de voir ou d'utiliser le contenu du tiroir.

Au Japon, le législateur a choisi d'élaborer un cadre de réglementation rigoureux et rigide à l'égard du contournement des mesures de protection technologiques. Tant les appareils (y compris un ensemble de pièces d'un appareil pouvant être facilement montées) que les programmes dont la fonction principale est de contourner les mesures de protection technologiques utilisées pour protéger le droit d'auteur, sont interdits. Sous réserve de règles particulières, un acte de contournement qui rend une œuvres vulnérable à la reproduction est interdit.

En Australie, le *Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill* n'interdit pas l'acte de contournement, mais il rend illégal la fabrication ou le commerce d'appareils permettant de contourner des « mesures technologiques efficaces ». Il rend aussi illégal la prestation de services de contournement de ces mesures. La définition des « mesures technologiques efficaces » est assez circonscrite, n'englobant que les mécanismes de contrôle des copies et les mécanismes d'accès à une œuvre grâce à un code ou à une procédure d'accès.

L'éventail des dispositions adoptées traduit la souplesse des exigences énoncées dans les traités de l'OMPI , mais il révèle aussi que l'on n'est pas parvenu à dégager une vision claire de l'impact qu'auront les mesures technologiques sur la législation en matière de droit d'auteur. Au États-Unis, en dépit de l'entrée en vigueur du DMCA en 1998, la mise en application des interdictions visant l'accès non autorisé des mesures technologiques a été suspendu pour une période de deux ans. Cela a permis, au *U.S. Copyright Office*, de faire une évaluation des répercussions éventuelles de la loi et de prendre les mesures nécessaires, dans le cadre d'un processus d'établissement de règles. La DMCA a aussi institué un examen

triennal en guise de mécanisme permanent d'évaluation de ces répercussions. Ces dispositions sont maintenant en vigueur, ainsi que les exceptions élaborées dans le cadre du processus d'établissement de règles.

Propositions

Au pays, certaines parties intéressées du domaine du droit d'auteur ont indiqué qu'en l'absence d'une interdiction contre la fabrication et le commerce des appareils de contournement, des contrevenants potentiels éventuels pourraient légalement accéder à des moyens qui permettent la violation des droits. En ce qui a trait à la possibilité de sévir seulement contre les actes de contournement, ils ont dit craindre que les recours juridiques contre de tels actes soient coûteux et puissent ne pas toujours être efficaces comme instrument de dissuasion de la contravention du droit d'auteur dans un monde branché.

Les ministères reconnaissent les préoccupations de ces parties, mais doivent les envisager dans le contexte de la législation canadienne sur le droit d'auteur, qui reconnaît que certaines utilisations d'œuvres et limitations de la protection du droit d'auteur servent des objectifs de politiques publiques légitimes et importants. La durée définie de la protection du droit d'auteur, les dispositions relatives à l'utilisation équitable et celles énonçant des exceptions témoignent de ces limitations. Ces éléments de notre législation sur le droit d'auteur représentent l'aboutissement de discussions et de consultations élaborées, de la jurisprudence et des obligations juridiques, tant nationales qu'internationales. Toute tentative visant à modifier cet équilibre pourrait nécessiter un réexamen de la portée actuelle des dispositions d'exceptions.

Les ministères ont envisagé la possibilité de restreindre ou d'interdire le commerce des appareils de contournement tout en permettant les appareils qui ont, comme objet principal, une activité que l'on peut qualifier de légitime, par exemple pour se prévaloir d'une exception ou accéder à des œuvres se trouvant dans le domaine public. La difficulté qui surgit est que les appareils qui se prêtent à des usages illégaux sont, dans une large mesure, tout aussi efficaces pour des utilisations ne constituant pas une violation du droit d'auteur. À titre d'exemple, un appareil utilisé pour contourner une mesure empêchant la copie non autorisée ne fera pas de distinction entre un objet qui bénéficie toujours de la protection du droit d'auteur et un autre qui fait partie du domaine public.

Dans ces circonstances, les ministères se demandent s'il est possible d'établir un cadre politique qui, d'une part, englobe presque toutes les activités risquant de compromettre les mesures technologiques employées, mais qui, d'autre part, continue de respecter l'équilibre qu'assure la *Loi*, dans sa forme actuelle, au plan des politiques. Un tel changement à la *Loi sur le droit d'auteur* pourrait se traduire par un nouveau droit d'accès, dont la portée irait bien au-delà de tout droit existant et qui représenterait un virage fondamental de la politique

canadienne en matière de droit d'auteur. Il pourrait servir à transformer une mesure conçue pour offrir une protection en un moyen pour empêcher des usages légitimes. Essentiellement, un changement de cette nature équivaudrait à étendre la portée de la législation sur le droit d'auteur à des sujets (par exemple, les restrictions à l'utilisation) qu'il serait peut-être mieux d'aborder dans le contexte du droit des contrats. Devant le rythme auquel évolue la technologie à la base des mesures de protection, il est difficile, dans l'état actuel des choses, d'évaluer les implications d'une telle initiative sur le plan de la politique publique. Le rôle des changements technologiques nécessite peut-être un examen attentif des différentes points d'intersection des mesures anti-contournement et des dispositions actuelles de la *Loi*.

Les ministères sont d'avis que les questions liées aux mesures anti-contournement abordées dans le présent document pourraient constituer le point de départ d'un dialogue élargi entre toutes les parties intéressées sur les limites appropriés du droit d'auteur dans ce contexte. Les ministères souhaitent élaborer des solutions qui contribueront à promouvoir concrètement les objectifs de la politique gouvernementale et qui enrichiront la réflexion sur la question du droit d'auteur. Ils invitent par conséquent les intéressés à faire connaître leur avis.

La forme la plus élémentaire d'interdiction serait de limiter des actes spécifiques. La *Loi* interdirait expressément le contournement, dans le but d'utiliser une oeuvre en contravention avec la *Loi sur le droit d'auteur*, des mesures de protection technologiques, lorsque ces mesures ont été adoptées pour restreindre les actes non autorisés par la *Loi*. Dans les cas où il y a une motivation commerciale et où l'échelle de contrefaçon a des conséquences pour l'ensemble des secteurs du droit d'auteur, des sanctions criminelles appropriées devraient être prévues. En adoptant une telle solution, les ministères ne veulent aucunement indiquer, aux titulaires de droits, le type de mesures de protection technologiques qu'ils devraient adopter.

À l'opposé, la forme la plus générale d'interdiction consisterait à interdire les appareils de contournement en plus des actes mentionnés précédemment. On pourrait aussi prévoir des recours contre l'importation, la vente, la location, l'offre ou l'exposition aux fins de vendre tout appareil dont l'objet est de contourner une mesure technologique servant à protéger un ou des droits accordés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*.

D'autres questions se posent au sujet des mesures qui s'offrent à cette extrémité de l'éventail des possibilités. Par exemple, dans le but de préserver les limites actuels de notre législation sur le droit d'auteur, les titulaires de droits devraient-ils être assujettis à une obligation d'accorder l'accès à toute personne dont l'utilisation projetée correspond à une exception ou à une limitation du droit d'auteur prévue par la *Loi*? Cette question rejoint celle des exemptions, qui pourrait nécessiter une analyse plus poussée. La *Loi sur le droit d'auteur* inclut un régime privé de copie qui pourrait être touché de manière significative par des restrictions visant à entraver la possibilité de faire des copies d'enregistrements sonores pour un usage personnel.

1. Compte tenu de l'évolution rapide de la technologie et du caractère restreint des informations disponibles au sujet des répercussions des mesures technologiques sur le contrôle et l'accessibilité du matériel protégé par un droit d'auteur, quels sont les facteurs militant en faveur de l'intervention du législateur à ce moment-ci?

2. Considérant que les appareils technologiques peuvent être utilisés à la fois pour du matériel protégé par un droit d'auteur et du matériel qui ne l'est pas, quels sont les facteurs qui devraient être considérés comme des facteurs déterminants pour décider s'il y a lieu de traiter du contournement ou des activités connexes (tel que la production et distribution d'appareils de contournement) dans le cadre de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que d'une autre loi?

3. Si le gouvernement devait adopter des dispositions concernant les mesures technologiques, quels sont les aspects de ces dispositions qui devraient faire l'objet d'exceptions ou d'autres restrictions?

4. Existe-t-il des questions non rattachées au droit d'auteur, par exemple, des questions concernant la protection des renseignements personnels, qui doivent être prises en compte lorsque l'on aborde la question des mesures technologiques?

4.3 Protection juridique des renseignements sur la gestion des droits

Sur Internet, des documents protégés par le droit d'auteur peuvent être accessibles à partir de multiples sources – dont toutes n'ont pas été nécessairement autorisées par les titulaires de droits – et pour diverses utilisations. La capacité des titulaires de droits d'enchâsser certains renseignements relatifs à la gestion des droits dans leurs créations peut les aider à faire valoir leurs intérêts à l'égard de ces créations et à en suivre le cheminement. Cela peut aussi faciliter la négociation de licences en ligne. Cependant, ces renseignements ne sont utiles que dans la mesure où leur intégrité est maintenue. En outre, il est important de garder à l'esprit que la protection des renseignements relatifs à la gestion des droits peut avoir des conséquences pour la protection de la vie privée. Cette section examine la façon dont la *Loi sur le droit d'auteur* devrait s'appliquer aux personnes qui voudraient falsifier ou supprimer des renseignements servant à la gestion des droits, ainsi que l'information qui seraient admissibles à une telle protection.

Contexte

Avant toute chose, les ministères voudraient préciser que l'information dont il est question en parlant des « renseignements sur la gestion des droits », veut dire l'information qui permet d'identifier une œuvre, par exemple le titre, le nom de l'auteur ou du premier propriétaire, ou un code d'identification. Ces renseignements peuvent être liés aux mesures technologiques, par exemple un filigrane servant à identifier une création et constituer un élément nécessaire pour permettre l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. L'analyse qui suit examine les questions soulevées par les renseignements sur la gestion des droits en tant que domaine de préoccupation distinct. Mais, ce faisant, il ne faut pas perdre de vue les questions entourant la façon dont les renseignements sur la gestion des droits chevauchent ceux qui concernent les mesures technologiques.

Sur le plan international, la collectivité du droit d'auteur a indiqué que les renseignements relatifs à la gestion des droits sur les œuvres ou les enregistrements sonores prendront de plus en plus d'importance dans l'environnement en ligne. Ces renseignements sont partie intégrante des moyens employés pour vérifier l'identité d'une œuvre et le caractère non licite des œuvres ou des enregistrements rendus accessibles aux fins de visionner, d'écoute ou de téléchargement. Ils pourraient aussi faire partie intégrante des systèmes de suivi utiles aux titulaires de droits, par exemple pour la distribution des redevances ou l'affranchissement des droits. Ainsi, ils permettront aux titulaires de droits de vérifier les utilisations qui sont faites de leurs œuvres et enregistrements et, aux utilisateurs éventuels, de vérifier l'existence de tout droit moral à l'égard d'une œuvre.

Même s'il peut devenir difficile ou superflu d'établir une distinction entre les mesures technologiques et les renseignements sur la gestion des droits, il est utile d'examiner dans une section distincte les considérations propres aux renseignements sur la gestion des droits.

Dans leurs rapports, les experts-consultants notent que la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada ne renferme pas, dans sa version actuelle, de mesures visant à protéger l'intégrité de ces renseignements. Les ministères partagent ce point de vue et sont d'avis que les titulaires de droits devraient avoir des recours effectifs contre toute manipulation des renseignements servant à la gestion de leurs droits.

Des membres de la collectivité du droit d'auteur ont indiqué pour leur part que des mécanismes juridiques de dissuasion sont nécessaires pour décourager toute altération de ces renseignements dans le but de faciliter ou de dissimuler une violation de la loi. L'inquiétude de la collectivité est repris de l'article 12 du WCT et de l'article 19 du WPPT :

Article 12

(1) Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité ou la Convention de Berne :

(i) supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;

(ii) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitée, des œuvres ou des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

(2) Dans le présent article, l'expression « information sur le régime des droits » s'entend des informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public.

Article 19

(1) Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons

valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité :

(i) supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;

(ii) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à la disposition du public, sans y être habilitée, des interprétations ou exécutions, des copies d'interprétations ou exécutions fixées ou des exemplaires de phonogrammes en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

(2) Dans le présent article, l'expression « information sur le régime des droits » s'entend des informations permettant d'identifier l'artiste interprète ou exécutant, l'interprétation ou exécution, le producteur du phonogramme, le phonogramme, le titulaire de tout droit sur l'interprétation ou exécution ou sur le phonogramme ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'interprétation ou exécution ou du phonogramme, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à la copie d'une interprétation ou exécution fixée ou à l'exemplaire d'un phonogramme ou apparaît en relation avec la communication au public ou la mise à la disposition du public d'une interprétation ou exécution fixée ou d'un phonogramme.

Juridictions étrangères

Le *Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill* de l'Australie a incorporé de telles mesures dans la législation australienne sur le droit d'auteur. La Directive sur le droit d'auteur de l'Union européenne, une fois mise en application par les pays-membres, devrait aboutir à des résultats similaires.

Les États-Unis et le Japon protègent actuellement les renseignements sur la gestion des droits, mais les deux pays sont allés un peu au-delà des simples exigences des traités de l'OMPI en adoptant des dispositions prévoyant des sanctions dans les cas où de faux renseignements sont fournis sciemment en rapport avec la gestion des droits. Ces pays ont aussi prévu des exemptions à cette responsabilité. Aux États-Unis, il existe une exemption générale pour les altérations liées notamment aux activités d'application de la loi, du renseignement et à d'autres activités gouvernementales. Au Japon, il y a des exclusions à l'égard des interdictions contre l'altération et la suppression (par exemple, lorsque certaines technologies d'enregistrement ou de transmission sont impliquées) et lorsque ces actes sont nécessaires pour utiliser légalement le matériel protégé par le droit d'auteur.

Propositions

Les ministères considèrent que l'article 12 du WCT et l'article 19 du WPPT pourraient constituer la base d'une proposition visant à créer de nouvelles catégories de contraventions secondaires et de nouvelles infractions à la *Loi*. Ces contraventions secondaires consisteraient en la suppression ou l'altération de renseignements relatifs à la gestion des droits dont l'effet est d'entraver la gestion des droits définis par la *Loi* et engloberaient la distribution et la communication au public d'œuvres ou d'exemplaires d'œuvres en sachant que les renseignements sur la gestion des droits ont été altérés ou supprimés d'une façon quelconque sans autorisation. En outre, la *Loi* pourrait renfermer une infraction distincte pour la suppression ou l'altération de renseignements sur la gestion des droits dans le but de permettre une violation du droit d'auteur ou de droits connexes, ou d'en être complice.

Du même coup, les ministères se demandent si l'intégrité de certaines informations devrait être protégée puisqu'avec le passage du temps, ces dernières pourraient ne plus être exactes. Des observateurs ont noté que certains renseignements sur la gestion des droits, au sens de la définition actuelle de cette expression dans le WCT et le WPPT, peuvent changer fréquemment pendant la durée d'un droit d'auteur. En particulier, les titulaires de droits pourraient changer fréquemment, bien que ce ne soit pas le cas de l'auteur ou, encore, de l'interprète dans le cas d'un enregistrement sonore. De même, les conditions pourraient non seulement changer, mais avoir une validité juridique incertaine au Canada. Cela pourrait engendrer de la confusion parmi les utilisateurs et nuire au régime de gestion des droits, plutôt que de l'appuyer.

Autre point à prendre en considération, les ministères ont observé que, dans de nombreux secteurs culturels, comme celui de l'audiovisuel, un consensus international se dessine autour de l'adoption d'un code d'identification unique. L'adoption d'un code d'identification universel rendrait-elle inutile la protection des autres types d'information?

Option A

En vertu de cette option, la définition de « renseignements sur la gestion des droits » serait conforme à l'article 12(2) du WCT et de l'article 19(2) du WPPT.

Le fait que les conditions et modalités d'utilisation soient protégées ne signifie pas, en soi, que ces conditions et modalités s'appliquent au Canada ou qu'elles y ont force de loi. Le fait de protéger ces renseignements ne devrait pas être interprété comme une confirmation de la validité juridique, au Canada, des conditions et modalités d'utilisation qui pourraient en faire partie. De même, les termes tels « auteur » ou « titulaire de tout droit » seraient définis selon la signification qu'ils ont au Canada.

Option B

Comme solution de rechange, les renseignements sur la gestion des droits relatifs à une œuvre seraient définis de manière à inclure l'information permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur, le premier titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre, ainsi que tout chiffre ou code représentant cette information. Le premier titulaire du droit d'auteur est inclus pour tenir compte du fait que de nombreuses œuvres (par exemple, les programmes d'ordinateurs) sont produites collectivement par plusieurs auteurs qui sont des employés d'une entreprise. Dans ce cas, le nom de l'auteur pourrait ne pas être utile au titulaire du droit pour identifier ou faire valoir son intérêt à l'égard de l'œuvre.

De même, les renseignements sur la gestion des droits liés spécifiquement à un enregistrement sonore engloberaient l'information permettant d'identifier l'interprète, l'interprétation de l'interprète, le producteur de l'enregistrement sonore, le premier titulaire de tout droit à l'égard de l'interprétation ou de l'enregistrement sonore, ainsi que tout chiffre ou code représentant cette information.

1. Quelles sont les informations qui devraient être protégées en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*? Étant donné que les renseignements sur la gestion des droits peuvent, avec le temps, cesser d'être exacts, les données concernant, par exemple, le titulaire du droit d'auteur et les conditions d'utilisation devraient-elles être protégées?

2. Il se peut que certains termes et conditions ne soient pas valides au Canada si ils sont contraires à la politique publique. Compte tenu de cette possibilité, de quelles restrictions devrait être assortie la protection de ces renseignements? Est-il nécessaire d'ajouter une disposition précisant que la protection des renseignements en question ne signifie pas qu'ils sont valides ou qu'ils ont une teneur juridique au Canada?

3. Étant donné que certaines technologies permettent d'atteindre deux objectifs, soit traduire les renseignements liés à la gestion des droits et protéger une oeuvre de la violation des droits, comment les dispositions concernant lesdits renseignements devraient-elles tenir compte de celles qui portent sur les mesures technologiques?

4. Si la *Loi* était modifiée de façon à protéger les renseignements liés à la gestion des droits, la possibilité que certaines technologies soient utilisées à la fois pour énoncer des renseignements de cette nature et pour protéger une oeuvre de la violation des droits signifierait-elle que des doubles sanctions pourraient être infligées dans certains cas?

5. Existe-t-il des questions non rattachées au droit d'auteur, par exemple, des questions concernant la protection des renseignements personnels, qui devraient être prises en compte lors de l'examen des préoccupations que soulèvent les renseignements liés à la gestion des droits?

4.4 Responsabilité des intermédiaires de réseau, tels que les fournisseurs de service Internet, à l'égard du droit d'auteur

Les fournisseurs de service Internet (FSI) jouent un rôle essentiel en offrant l'accès à Internet, peu importe que l'usager soit l'expéditeur ou le récipiendaire du contenu. Jusqu'à maintenant, toutefois, la *Loi sur le droit d'auteur* n'a pas tenu compte explicitement du rôle du FSI. Cette section traite de certaines questions soulevées par la responsabilité des FSI à

l'égard du droit d'auteur et explore la possibilité de les résoudre tout en freinant la circulation de contenus contrefaits sur le réseau.

Contexte

De nombreux Canadiens adoptent les plates-formes en réseau, comme Internet, pour avoir accès à divers documents, y compris des œuvres protégées par le droit d'auteur. Parallèlement, les secteurs canadiens liés au droit d'auteur cherchent des façons d'exploiter le potentiel que recèlent les réseaux tels qu'Internet pour diffuser leurs contenus.

Le FSI joue un rôle de soutien intégral en permettant la diffusion et l'utilisation de contenus produits par et pour les Canadiens. L'une des principales fonctions assurées par les FSI est de servir d'intermédiaires offrant des services de réseau qui permettent de raccorder les fournisseurs de contenus et les utilisateurs finals. Cette fonction d'intermédiaire peut englober diverses catégories d'activités. Au minimum, la plupart des FSI offrent à leurs abonnés l'accès à Internet, ce qui comprend la capacité de transmettre et de recevoir de l'information, et fournissent des services tels que le courrier électronique. Également, de nombreux fournisseurs offrent, à leurs clients, de l'espace sur leurs serveurs où ils peuvent installer des sites Web, prennent diverses mesures (par exemple, la gestion de l'antémémoire) pour accroître l'efficience du système de réseau et offrent ou facilitent l'accès à une gamme étendue de contenus et de services destinés aux consommateurs.

Un secteur des FSI[5] viable et concurrentiel au Canada favorisera l'essor de la présence canadienne dans l'environnement de réseaux numériques. L'éventail des entités assurant des fonctions d'intermédiaires est très large – au Canada, il n'y a pas que des entreprises commerciales privées parmi les FSI. Les gouvernements, les établissements d'enseignement, les bibliothèques, les archives, les hôpitaux et d'autres institutions publiques qui, dans l'exécution de leur mandat, dispensent des services au public, peuvent offrir à leurs employés, à leurs usagers et aux étudiants des services semblables à ceux offerts au public consommateur par leurs concurrents du secteur privé. L'évolution de la technologie permet aujourd'hui à des particuliers d'offrir eux-mêmes ces services. Un cadre de politique axé sur les FSI doit reconnaître le rôle joué par l'ensemble de ces entités, institutions et particuliers.

---

5 Les fonctions assurées par les FSI englobent de nombreux types de services reliant le fournisseur de contenu à l'utilisateur final. Cependant, les activités des FSI pertinentes aux fins du présent document sont celles qui permettent et facilitent l'accès aux contenus et les échanges connexes au nom des clients, c'est-à-dire celles où le FSI fournit de l'espace de stockage, agit comme canal d'accès à l'information ou prend des mesures en vue d'améliorer l'efficience de ce service. Pour l'instant, les ministères ne prennent pas en considération les activités où le FSI participe d'une façon ou d'une autre à la sélection d'un contenu particulier, par exemple le catalogage de sites Web populaires dans une taxonomie structurée.

Cependant, les FSI affirment qu'en raison du volume de matériels circulant dans leur système, ils ne peuvent, dans les conditions actuelles, vérifier constamment la légalité, dans l'optique du droit d'auteur, de l'utilisation que font leurs clients de matériels particuliers. En outre, le droit d'auteur lié à ces documents et le lien juridique entre le titulaire de droit et l'utilisateur (par exemple, l'utilisation est-elle ou non autorisée?) seront souvent inconnus et impossibles à connaître pour l'intermédiaire de réseaux.

Certains, tant dans les secteurs concernés par le droit d'auteur que dans la communauté des FSI, ont soutenu que l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* aux activités des FSI était incertaine à certains égards. Cette préoccupation a été soulignée par le CCAI dans son rapport de 1995, intitulé *Contact, communauté, contenu* :

> Le Comité a reconnu qu'en vertu de la législation actuelle, les prestataires de services pourraient être tenus responsables des infractions au droit d'auteur. Seules les entreprises de télécommunications sont exemptées des responsabilités découlant de la *Loi sur le droit* d'auteur lorsqu'elles ont pour seule fonction d'acheminer les signaux. Toutefois, il a considéré qu'en l'absence d'un recours possible à un mécanisme quelconque de défense, la responsabilité des opérateurs de babillards électroniques à l'égard du droit d'auteur pourrait être interprétée de façon trop étroite. (p. 120)

Lorsque le CCAI a produit son rapport en 1995, le secteur des FSI en était à un stade de développement encore précoce. Dans une mesure beaucoup plus grande qu'aujourd'hui, la diffusion de contenus sur des réseaux se faisait grâce aux services de babillards électroniques. L'énoncé du CCAI, qui fait référence aux exploitants de systèmes de babillards électroniques, illustre le problème auquel font face aujourd'hui les FSI dans leur rôle d'intermédiaire. Pour ce qui est de la responsabilité potentielle afférente au droit d'auteur, les exploitants de systèmes de babillards électroniques jouent souvent un plus grand rôle à l'égard du contenu stocké sur leurs sites que les FSI, de sorte que les activités d'intermédiation des FSI semblent être visées par cet énoncé.

Les règles actuelles sur le droit d'auteur n'ont pas été élaborées en tenant compte de l'émergence du secteur des FSI et les ministères reconnaissent que la mise en application de ces règles aux FSI est, dans certains cas, incertain.

La question de savoir si les FSI pourraient être assujettis à un tarif de redevances de droit d'auteur pour la musique diffusée sur leur réseau s'est posée devant la Commission du droit d'auteur lors des audiences consacrées au Tarif 22. La décision de la Commission sur ces questions juridiques traite spécifiquement de la possibilité que les intermédiaires Internet communiquent des œuvres musicales au public par télécommunication lorsque des abonnés téléchargent ce type d'œuvres des sites que les FSI hébergent sur leur réseau. Elle traite aussi de la possibilité que cette communication survienne dans le contexte de certaines activités connexes à Internet comme la création de liens, la mise en antémémoire et le miroitage.

De l'avis de la Commission du droit d'auteur, ce sont les fournisseurs de contenus (c.-à-d. ceux qui téléchargent des contenus sur des sites du réseau) qui sont responsables du versement des redevances en vertu de la *Loi*, parce que ce sont eux qui communiquent ou autorisent la communication des œuvres au sens de la *Loi*. La prestation de services d'intermédiaire n'engendre pas une responsabilité, parce que cette activité est, à de nombreux égards, comparable à celle des entreprises de téléphonie et est expressément exemptée aux termes de l'alinéa 2.4(1)(b) de la *Loi*. Cependant, il importe de signaler qu'au moment de la rédaction du présent document, la décision de la Commission fait l'objet d'une révision judiciaire par la Cour d'appel fédérale, de sorte que la *Loi* n'a pas encore été entièrement précisée sur ce point.

La décision relative au Tarif 22 traite spécifiquement du droit de communiquer au public par voie de télécommunication dans le contexte des œuvres musicales, selon les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle ne supprime pas la nécessité d'examiner plus à fond la question de la responsabilité, notamment en regard du droit de reproduction.

En ce qui a trait à la reproduction, certains juristes ont affirmé qu'au Canada, la violation du droit de reproduction peut engendrer une responsabilité stricte. Les personnes dont les installations servent à faire une reproduction peuvent être tenues responsables, peu importe qu'elles aient eu ou non l'intention d'enfreindre le droit d'auteur. Cela dit, les ministères ne connaissent aucune jurisprudence qui ait tranché la question expressément dans le cas des FSI.

Mais avec les technologies actuelles, la reproduction de tout genre de contenu fait partie intégrante de l'environnement de réseaux. Des copies se retrouvent sur divers sites Web; elles sont créées automatiquement par des procédés de mise en antémémoire et, peut-être aussi, de façon temporaire, dans le cadre du processus de transmission.

Les ministères comprennent que les transmissions sur les réseaux numériques tel qu'Internet se font essentiellement par un processus appelé « commutation par paquets », qui sert à véhiculer l'information contenue dans un message entre le fournisseur de contenu et l'utilisateur final. Un FSI serait incapable d'assurer l'une de ses fonctions primaires s'il ne pouvait reproduire les renseignements nécessaires pour compléter une communication. En outre, parce que ces paquets peuvent être stockés à divers endroits pour des périodes de temps variables, cette activité de mise en antémémoire, tout en n'étant pas essentielle à un acte de communication particulier, facilite les communications de façon générale en accroissant l'efficience globale du réseau.

De l'avis des ministères, des difficultés considérables surgiraient si l'on tentait d'identifier :
- quels processus de transmission entraînent la création d'une copie d'une œuvre particulière, aussi transitoire soit-elle, équivalant à une « reproduction » aux fins de la *Loi sur le droit d'auteur*;
- où ces reproductions sont effectuées et
- quels serveurs et installations de stockage sont en cause, notamment lorsque ces processus sont essentiellement automatisés.

Les ministères notent qu'un projet de tarifs axé sur la reproduction a été déposé auprès de la Commission du droit d'auteur par la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) inc. Ce projet de tarifs (http://www.cb-cda.gc.ca/proposed-f.html) reposent sur l'« exploitation en réseau » de reproductions d'oeuvres musicales enregistrées et figurant au répertoire de la SODRAC. En vertu de ce tarif, les FSI seraient obligés de verser des redevances pour toute reproduction d'oeuvre du répertoire, qu'eux-mêmes ou leurs clients font leurs installations. Les redevances seraient calculées soit d'après une formule « par abonné » ou un pourcentage des recettes brutes, selon le plus élevé des deux montants. En contrepartie du paiement de redevances correspondant à ce tarif, les FSI seraient exemptés de toute responsabilité ultérieure pour la reproduction des œuvres du répertoire de SODRAC. Ce tarif est un des moyens dont dispose la SODRAC pour être dédommagée de certaines activités de reproduction non autorisées, comme par exemple celles que permettent des logiciels largement utilisés comme Napster et Gnutella.

Dans le présent document, les ministères ont examiné la formule préconisée par la SODRAC à la lumière notamment des politiques adoptées jusqu'à maintenant par les principaux partenaires commerciaux du Canada (résumées ci-dessous), des conséquences internationales pour le Canada et des divers modèles d'exploitation commerciale que plusieurs secteurs concernés par le droit d'auteur envisagent pour la conduite des affaires en ligne.

S'il était homologué, le tarif de la SODRAC instituerait une responsabilité supplémentaire et distincte pour les FSI qui, parce qu'elle n'englobe pas toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur véhiculées sur Internet, devra nécessairement coexister avec les règles de responsabilité en vigueur pour les œuvres non visées par ce tarif. Cela créerait une situation qui, de l'avis des ministères, serait unique aux FSI canadiens. Ainsi, ces derniers seraient vraisemblablement les seuls tenus de verser un montant pour la reproduction des œuvres visées par ce tarif, tandis que les FSI étrangers qui offrent l'accès aux mêmes œuvres ne seraient pas soumis à la même obligation. De plus, devant une allégation de violation de droit d'auteur, un FSI serait tenu de prendre des mesures pour déterminer si le matériel en cause est inclu dans le répertoire sujet au tarif. Dans ces circonstances, on peut se demander si cette formule de responsabilité à l'égard du droit d'auteur représente un modèle efficace et favorable au développement du secteur des FSI au Canada.

Les ministères reconnaissent qu'avec le temps, l'évolution des politiques et du contexte technologique pourrait éventuellement forcer la communauté internationale du droit d'auteur à envisager un régime détaillé de ce genre. Dans l'intervalle, toutefois, le besoin d'articuler une politique nationale tenant compte des intérêts des titulaires de droits et des FSI, ainsi que de la nature générale de l'environnement de réseaux numériques, persiste.

Juridictions étrangères

Hors du Canada, d'autres gouvernements ont adopté des lois pour préciser davantage la responsabilité des FSI dans leur rôle d'intermédiaire. Aux États-Unis, la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 renferme des dispositions détaillées régissant la responsabilité des FSI dans le contexte spécifique des violations du droit d'auteur. En Union européenne, la *Directive sur le commerce électronique* (adoptée mais non encore appliquée officiellement) suit une « approche horizontale », abordant la question de la responsabilité en regard de toutes les activités numériques, c'est-à-dire la pornographie enfantine, la littérature haineuse et la diffamation, y compris les activités liées au droit d'auteur, en vue de promouvoir la cohérence des règles de responsabilité dans toutes les sphères de compétence européennes.

Bien que les modèles américains et européens soient différents à certains égards, ils constituent essentiellement des variantes d'un système d'avis et de retraits (*notice and take-down*). L'Australie et le Japon ont adopté des politiques semblables à celles des États-Unis et de l'Union européenne sur la question de la responsabilité des intermédiaires.

En vertu d'un système d'avis et de retraits, un intermédiaire est protégé contre toute responsabilité afférente à la violation du droit d'auteur sauf si, après avoir été avisé que du matériel contrefait se trouve dans ses installations, il néglige de prendre les mesures requises pour rectifier la situation. L'avis engendre l'incitation nécessaire pour que le FSI retire le matériel offensant, en l'exposant au risque d'une (plus grande) responsabilité s'il néglige d'agir après avoir reçu un tel avis.

Les États-Unis ont inclus des dispositions détaillées sur les avis et retraits dans la DMCA. Les ministères notent que la DMCA limite seulement la responsabilité des FSI qui s'enregistrent auprès du *U.S. Copyright Office*. Elle impose, également, trois autres critères : une politique de fermeture des comptes des contrevenants récidivistes, un avis énonçant cette politique, ainsi qu'une politique de ne pas altérer les mesures techniques d'identification ou de protection des œuvres. Enfin, pour les activités de mise en antémémoire et de stockage au nom des utilisateurs, le FSI doit fournir le nom d'un agent chargé de recevoir les avis des titulaires de droits.

L'Union européenne n'a pas intégré, à sa *Directive*, de mesures détaillées concernant les avis et retraits, mais elle oblige néanmoins les FSI à agir « sans délai » pour retirer le matériel

contrefait des sites de leurs abonnés après avoir « pris connaissance » de la présence de ce matériel; la *Directive* ne précise pas les conséquences que pourrait encourir un FSI qui négligerait d'agir sans délai.

Proposition

Les ministères signalent que des ententes ont déjà été conclues entre certains titulaires de droits et des FSI au sujet de la présence de matériels contrefaits dans les installations de réseaux des FSI. Ces arrangements contractuels pourraient être complétés par des codes de conduite, adoptés volontairement par les FSI, qui contribueraient à mieux préciser le rôle et les responsabilités des FSI dans le processus de communication. Les ministères prennent acte en particulier du Code de déontologie de l'Association canadienne des fournisseurs Internet (« ACFI »), (http://www.caip.ca/issueset-fr.htm) et ils tiennent à féliciter les membres de l'ACFI pour la collaboration dont ils ont fait preuve en vue de régler la question des contenus illégaux sur Internet. À cet égard, l'ACFI a indiqué qu'elle travaillait à renforcer l'efficacité du Code de déontologie dans le cadre de l'initiative *Pratiques équitables*, qui servira à guider les membres de l'ACFI sur la façon d'appliquer, au jour le jour, les mesures d'auto-réglementation. Cependant, au moment de la rédaction du présent document, ni le Code ni le document sur les pratiques équitables (http://www.caip.ca/issueset-fr.htm) ne semblaient renfermer de dispositions traitant spécifiquement des avis et retraits relatifs aux contenus qui enfreignent le droit d'auteur. Par conséquent, les ministères invitent l'ACFI à consulter ses membres sur cette question si elle ne l'a pas déjà fait.

La diversité des organisations et des individus que l'on qualifie, aujourd'hui, de titulaires de droits, ou de fournisseurs de services, tels que les FSI, fait que la collaboration directe et la conclusion d'une entente ne sont pas toujours réalisables. Par conséquent, le gouvernement a encore un rôle à jouer en vue d'établir des règles de responsabilité claires et équitables en matière de droit d'auteur.

À cet égard, les ministères prennent en considération un certain nombre d'éléments :

- La progression de l'économie de réseaux est souhaitable et inévitable en tant que moteur social, culturel et économique.

- La connectivité est fondamentale pour les initiatives de gouvernement en direct, de commerce électronique et de démocratie électronique.

- Les Canadiens devraient être encouragés à participer à cette économie, à la fois comme consommateurs et comme fournisseurs de services et de contenu.

- La quantité de contenu créatif accessible en ligne et l'utilisation que l'on en fait seront des mesures importantes de la réussite de cette économie.

- Sur un plan pratique, il est probablement impossible pour les FSI de tenter de surveiller ce contenu. À cet égard, le lecteur est invité à consulter le document intitulé *Réglementation d'Internet – une perspective technologique* (http://strategis.gc.ca/SSGF/sf05082f.html). En outre, dans le contexte du droit d'auteur, la situation d'une œuvre ou le lien juridique entre le titulaire du droit et l'utilisateur de l'œuvre sera souvent impossible à identifier pour le FSI.

- Les personnes qui profitent le plus directement du contenu sont celles qui le fournissent et celles qui l'utilisent subséquemment.

Les ministères soulèvent la possibilité de mettre en place une procédure d'avis et de retraits fondée sur les plaintes. Cette procédure semblerait apte à répondre aux importantes préoccupations des titulaires de droits et des FSI. Elle serait assujettie à toute modalité contractuelle conclue entre les FSI et les titulaires de droits; en l'absence de telles modalités contractuelles, une procédure décrite dans la *Loi* s'appliquerait.

La proposition des ministères renfermerait les éléments suivants :

Premièrement, la responsabilité découlant d'une violation du droit d'auteur serait assujettie à une limitation. Un FSI ne serait pas responsable lorsque ses installations sont utilisées par un tiers (y compris ses clients) pour y diffuser du matériel protégé par le droit d'auteur, que la diffusion soit interprétée comme étant une communication au public (c.-à-d. qu'elle se déroule par un processus de transmission sur le réseau) ou comme une reproduction (par exemple, aux fins de la mise en antémémoire ou de l'hébergement de sites Web). De même, le FSI ne serait pas responsable des reproductions de matériels protégés par le droit d'auteur sous forme de mise en antémémoire facilitant le processus de communication si la communication originale a été autorisée.

Deuxièmement, il y aurait une disposition sur les avis et retraits. Dans le contexte d'une telle formule, un FSI ne serait pas responsable du fait que du matériel contrefait se trouve sur l'un ou plusieurs de ses sites, à moins qu'il ait négligé d'en interdire l'accès, dans un délai prescrit, après avoir reçu un « avis en bonne et du forme » du titulaire de droit ou d'une autre partie intéressée indiquant que ce matériel pourrait être contrefait. À cet égard, toutefois, la mise en antémémoire servant à faciliter la communication de matériel légitime à partir d'un site autorisé ne serait pas, en soi, une reproduction illégale. La proposition relative aux avis et retraits se limite à la fonction d'intermédiaire pour les services d'hébergement et de mise en antémémoire parce que les activités liées exclusivement à la transmission ne seraient pas assujetties au régime d'avis et de retraits.

Les ministères invitent les intéressés à formuler des commentaires sur l'opportunité d'inclure les éléments suivants, ou d'autres, dans l'avis :
- qu'il soit par écrit;
- qu'il identifie clairement le demandeur et l'intérêt qu'il détient à l'égard du matériel contrefait;
- qu'il établisse ses allégations d'une manière précise, en incluant une description du matériel contrefait;
- qu'il indique l'endroit où se trouve ce matériel contrefait.

Troisièmement, la responsabilité des FSI à l'égard des dommages économiques suite à la mise en application et au respect de la procédure d'avis et de retraits serait limitée. Plus précisément, un FSI qui, agissant de bonne foi, bloque l'accès à un site décrit dans un « avis en bonne et due forme » ne serait pas responsable des dommages subis par ses clients ou par des tiers. De plus, le demandeur serait tenu de corroborer ses allégations sans délai.

Tel qu'indiqué précédemment, un éventail de plus en plus large d'intervenants sur Internet, allant d'entités commerciales à des entités non-commerciales et à des particuliers, se présentent comme fournisseurs de services d'intermédiation. Par conséquent, l'exonération de responsabilité serait restreinte aux FSI qui se représentent publiquement comme des fournisseurs de services intermédiaires. Pour bénéficier de l'exemption, les FSI pourraient être tenus de fournir un identificatif sur les sites qu'ils hébergent ou sur leurs sites d'antémémoire, pour permettre à une partie intéressée de communiquer directement avec eux. Cela aiderait à identifier les FSI admissibles aux dispositions sur les avis et retraits et à identifier la personne contact qui donnerait suite aux requêtes visant du matériel contrefait.

Les ministères reconnaissent qu'une formule d'avis et de retraits pourrait soulever des préoccupations. Premièrement, pour les raisons évoquées précédemment, les éléments de la proposition ayant trait à la procédure d'avis et retraits seraient limités aux activités de mise en antémémoire et d'hébergement. Ceci signifie qu'aucun recours ne serait disponible pour les autres formes de reproduction qui font partie du processus de communication d'un environnement de réseaux. Deuxièmement, contrairement à un régime de tarifs qui prévoit le versement de redevances aux titulaires de droits, un régime d'avis et de retraits engendre des coûts administratifs (le coût de la surveillance et de l'émission des avis), qui ne sont pas compensés par une rémunération. Le régime d'avis et de retraits préserve la capacité des titulaires de droits de recourir à la loi pour imposer leur contrôle sur la reproduction et la communication de leurs œuvres en ligne. En pratique, cette capacité se trouverait renforcée en ce que le régime d'avis et retraits offre un mécanisme plus rapide et moins coûteux qu'une procédure judiciaire pour obtenir rapidement le retrait d'un contenu illégal de l'environnement de réseaux. Troisièmement, limiter la responsabilité des FSI pourrait avoir pour effet de réduire leur incitation à participer à des initiatives volontaires d'octroi de licences dans l'environnement en ligne.

Les ministères invitent les intéressés à présenter leurs commentaires sur ces éléments et à

1. Les dispositions actuelles de la *Loi sur le droit d'auteur* permettent-elles de répondre de façon satisfaisante aux préoccupations des FSI?

2. Certains FSI et titulaires de droit ont conclu des accords concernant le traitement de matériel contrefait. À quels égards cette approche est-elle adéquate?

3. Quelles sont les autres fonctions intermédiaires qui n'ont pas été examinées dans la présente section, mais qui sont néanmoins exécutées par les FSI, qui devraient être prises en compte lors de l'élaboration d'une politique concernant la responsabilité de ceux-ci?

4. Dans la mesure où un système d'avis et de retrait est envisagé, comment ce système toucherait-il le cadre de la gestion collective du droit d'auteur au Canada? Quelles sont les autres propositions qui devraient être prises en compte? À quelles conditions un régime de licence obligatoire serait-il satisfaisant?

5. Dans la mesure où les questions entourant la portée et l'application du droit de reproduction sont examinées dans le contexte des communications sur Internet, existe-t-il des raisons de restreindre cet examen à la question de la responsabilité des FSI?

indiquer si d'autres éléments devraient être inclus dans cette proposition.

5. CONCLUSION

Ce document vise à amorcer une consultation sur diverses questions qui se posent à l'interface du nouvel environnement de réseaux numériques et de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il sert de toile de fond à une première discussion des aspects pertinents au droit d'auteur d'un

cadre visant à promouvoir la diffusion en ligne de nouveau contenu numérique, pour et par les Canadiens.

Les propositions qui précèdent représentent l'état actuel de l'analyse de ces questions. Les ministères apprécieraient recevoir vos commentaires sur tout aspect traité dans le présent document. **Vous voudrez bien donner une réponse écrite d'ici le 15 septembre 2001.**

Les commentaires écrits peuvent être envoyés par courriel (en format WordPerfect, Microsoft Word ou HTML) à :

copyright-droitdauteur@ic.gc.ca

Vous pouvez aussi faire parvenir vos commentaires par la poste ou par télécopieur à :

Commentaires - La réforme du droit d'auteur du gouvernement du Canada
a/s Direction de la politique de la propriété intellectuelle
Industrie Canada
235, rue Queen
5e étage ouest
Ottawa (Ontario)
K1A 0H5
Téléc. : (613) 941-8151

Les commentaires reçus, y compris les noms des personnes ou des organisations les ayant soumis, seront affichés, dans la langue officielle dans laquelle ils auront été soumis, sur le site Web de la Direction de la politique de la propriété intellectuelle d'Industrie Canada, qui se trouve à l'adresse : http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ip00001f.html et sur le site Web de la Direction générale de la politique du droit d'auteur du Patrimoine canadien, à l'adresse : www.patrimoinecanadien.gc.ca. Si vous ne désirez pas que vos commentaires soient ainsi affichés, veuillez s'il- vous-plaît le préciser. Des copies papier des soumissions seront fournies sur demande.

Les commentaires au sujet des soumissions reçues doivent être fournis de la même manière d'ici le 5 octobre 2001.

Contraintes d'usage

Cet exercice de consultation vise à encourager un débat constructif. Les commentaires de nature incendiaire comme les attaques personnelles ou calomnieuses, les messages de menaces ou les propos haineux ne seront ni acceptés ni affichés.

Cette publication est également offerte sur le Web à l'adresse suivante :

http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ip00001f.html.

Exonération de responsabilité

Certains renseignements figurant dans cette publication sont fournis par des sources extérieures. Le gouvernement du Canada n'est pas responsable de la qualité, de la commercialité et de la conformité à des fins particulières des produits ou services offerts sur les sites extérieurs qui sont énumérés ou décrits dans la publication; le gouvernement du Canada n'est pas non plus responsable de l'exactitude, de la fiabilité ou de l'actualité de l'information contenue dans la publication et fournie par des sources extérieures.